

THÈSE DE
PARIS,
1888.
N^o. 62.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES BÉNÉFICES

ACCORDÉS AUX CAUTIONS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

ALEXANDRE D. MIMI

Avocat, 

Ancien Procureur près le Tribunal de Giurgevo (Roumanie).

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DES BÉNÉFICES

ACCORDÉS AUX CAUTIONS

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 9 février 1888, à 9 heures 1/4

PAR

ALEXANDRE D. MIMI

Avocat

Ancien Procureur près le Tribunal de Giurgevo (Roumanie).

Président : M. MICHEL (HENRY), Professeur

SUFFRAGANTS	{	MM. RATAUD	}	PROFESSEURS
		RENAULT		
		JOBBÉ-DUVAL		AGRÉGÉ

PARIS

IMPRIMERIE MOQUET

11, RUE DES FOSSÉS-SAINT-JACQUES, 11

1888

A MONSIEUR MICHEL EUSTATIADÉ

A MONSIEUR JEAN KALINDÉRO

GRAND'CROIX DE L'ORDRE DE L'ÉTOILE DE ROUMANIE

ANCIEN CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION ROUMAINE

TÉMOIGNAGE DE RECONNAISSANCE ET DE VIVE AFFECTION



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

SUR LE CAUTIONNEMENT

En général, quand une personne sollicite un prêt d'argent, il est bien rare que le prêteur n'en subordonne pas la réalisation à des garanties qui assurent la restitution des sommes prêtées. Que le créancier, en effet, confiant dans la solvabilité de son débiteur, lui remette les fonds, sans exiger des sûretés spéciales, qu'il suive, en un mot, sa foi : à l'échéance il court le risque de ne pas être remboursé. Le débiteur, laissé à la tête de ses biens, peut contracter de nouvelles dettes, à un tel point que, son passif devenant supérieur à son actif, il ne puisse plus offrir à son créancier qu'un faible dividende. Celui-ci, pour échapper à ce danger, doit exiger des sûretés.

Ces sûretés sont de deux sortes : elles sont ou personnelles ou réelles.

Les sûretés personnelles consistent dans l'obligation contractée par un tiers de répondre du paiement de la dette. Cette obligation a sa source dans le cautionnement qui peut être défini : un contrat accessoire par lequel une personne s'engage à payer pour autrui.

Les sûretés réelles consistent dans l'affectation d'un bien, meuble ou immeuble, à l'acquittement de l'obligation. Les principales sont le gage et l'hypothèque.

Ces deux espèces de garanties n'ont pas la même efficacité. Le créancier à qui une sûreté personnelle a été accordée peut souffrir de l'insolvabilité de la caution. Au contraire, le créancier qui a une sûreté réelle, si toutefois le bien donné en gage est d'une valeur supérieure au montant de la dette, ne court aucun risque. Que le débiteur, en effet, contracte des dettes, ou aliène la chose hypothéquée, les deux droits de préférence et de suite que l'hypothèque donne au créancier garantissent puissamment l'exécution de l'obligation.

Pomponius fait allusion à cette supériorité de la garantie réelle sur le cautionnement, à la loi 25, D., L. 17 : *plus cautionis in re quam in persona*.

Cependant il est à peu près certain qu'à Rome, du moins à l'origine, le cautionnement était plus usité que l'hypothèque. De nombreux textes, en effet, nous montrent que le prêteur, quand il imposait à un

débiteur l'obligation de fournir une garantie, exigeait formellement une *satisfactio* (L. 7, D., *De fidej.*). Sous la République cette préférence pour les sûretés personnelles s'expliquait aisément. L'hypothèque était encore inconnue. Le *pignus* ne conférait pas au créancier le droit de vente. Quand un débiteur avait à donner une garantie réelle au créancier, il devait lui transférer la propriété de la chose même, aliénation fort incommode pour lui, car elle le dépouillait de sa propriété. Enfin le créancier, en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation, n'était pas entièrement désarmé : il pouvait, à défaut de biens, s'emparer de la personne du débiteur et le réduire en esclavage.

On comprend dès lors que, primitivement, les garanties personnelles fussent préférées aux garanties réelles. Mais cette préférence ne dut-elle pas cesser le jour où le *pignus* permit au créancier de faire vendre la chose donnée en gage, le jour surtout où l'hypothèque fut introduite dans la législation romaine ? L'intérêt du créancier devait nécessairement faire abandonner les sûretés personnelles. Déjà l'esclavage n'était plus encouru par le débiteur qui ne payait pas sa dette. En outre le créancier, nous rapporte Cicéron (lettre 15 à Atticus, l. 16), se faisait toujours un scrupule de poursuivre la caution qui, bienveillamment, s'obligeait pour autrui. Cependant, quand le débiteur était astreint à donner une garantie, c'était toujours une caution qui devait être fournie, tant les

traditions s'étaient conservées. C'est que l'absence de publicité des hypothèques inspirait une certaine défiance aux créanciers. Ceux-ci pouvaient craindre que le fonds affecté à l'acquittement de l'obligation ne fût déjà grevé au profit d'autres créanciers antérieurs en date, ou même que le débiteur constituant n'eût pas la propriété de la chose hypothéquée. En droit romain, en effet, il faut séparer bien nettement deux choses : la première, la théorie juridique de l'hypothèque ; la seconde, un régime hypothécaire ayant pour base nécessaire la publicité.

Si les Romains ont traité la première de ces deux choses avec la perfection qui leur est habituelle, s'ils ont organisé une belle œuvre théorique, ils semblent n'avoir pas compris toute l'importance de la seconde ; ils n'ont jamais trouvé dans l'hypothèque telle qu'ils l'ont conçue qu'un très mauvais instrument de crédit.

Telles sont les raisons qui ont fait prévaloir si longtemps, à Rome, le cautionnement sur les garanties réelles.

DIVERSES FORMES DU CAUTIONNEMENT

Le cautionnement, en droit romain, n'a pas, comme en droit français, une théorie unique. Cette dernière a passé par des phases diverses. Les Romains, en effet,

ont connu et pratiqué trois formes de cautionnement ayant chacune leurs règles propres. Ce sont : 1° l'*adpromissio*; 2° le *mandatum pecuniæ credendæ*; 3° le *constitut*.

L'*adpromissio* elle-même doit se subdiviser en trois groupes : la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fidejussio*.

I. *Adpromissio*. — L'*adpromissio* est la première forme du cautionnement. La caution ou *adpromissor* s'oblige *verbis* envers le créancier. Une interrogation est faite par le créancier au débiteur accessoire, mais les termes de l'interrogation ne doivent pas être tenus pour indifférents ; ils varient suivant la classe d'adpromettants. Or, comme nous l'avons déjà annoncé, les adpromettants sont de trois sortes : les *sponsores*, les *fidepromissores*, les *fidejussores*. Ces diverses classes d'adpromettants sont nées de la différence des termes employés par les parties.

La première forme est : *Idem dari spondes? spondeo*; la deuxième : *Idem fidepromittis? promitto*; la troisième : *Idem fide tui esse jubes? fidejubeo*.

Les deux premières formes, la *sponsio* et la *fidepromissio*, sont soumises, à quelques exceptions près, aux mêmes principes. La *sponsio* ne s'applique qu'aux seuls citoyens romains. Ce fut pour permettre aux *peregrini* de cautionner les dettes d'autrui que la forme *fidepromittis? fidepromitto* fut imaginée. La troisième forme, la *fidejussio*, si elle a des ressemblances avec la *sponsio* et la *fidepromissio*, en diffère cependant

beaucoup. Les règles de l'*adpromissio*, dans ses deux premières formules, sont étroites et ne répondent pas aux besoins de la pratique. L'institution était fort défectueuse. Ce fut pour en corriger les défauts que la *fidejussio* fut introduite.

Les trois classes d'adpromettants existèrent, les deux premières plutôt en droit qu'en fait, jusqu'au jour où l'empereur Léon, en 469 (L. 10, C., VIII, 38), abrogea les formules consacrées en matière de stipulation. Dès ce moment, il n'y eut plus qu'une seule classe d'*adpromissores*. Les principes de la *fidejussio* furent seuls suivis toutes les fois qu'intervint une stipulation dans l'intérêt d'un débiteur principal. On s'explique dès lors le silence de Justinien sur les deux premiers modes de l'*adpromissio*. Il était inutile de reproduire les textes relatifs à la *sponsio* et à la *fidepromissio*, ces institutions étant délaissées depuis longtemps et n'offrant plus qu'un intérêt purement historique.

II. *Mandatum pecuniæ credendæ*. — Cette deuxième forme de cautionnement, d'une époque plus récente, est indiquée par Gaius (III, § 156). Elle marque un progrès sur la *fidejussio*. Cette dernière institution présente en effet un inconvénient bien connu : par suite de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le créancier qui a poursuivi, soit le débiteur principal, soit le fidéjusseur, perd tout recours contre le coobligé ; il peut ainsi se trouver en perte, si par hasard il a agi

contre le débiteur le moins solvable. Le *mandatum pecuniæ credendæ* apporte un remède à cette situation. Le créancier ne consent à faire crédit au débiteur que si un tiers, jouant le rôle de caution, lui donne mandat à cet effet. On est bien en dehors des règles ordinaires du mandat. Il était en effet singulier de voir un mandat donné dans l'intérêt du mandataire ; aussi cette forme de cautionnement rencontra-t-elle quelque difficulté. Elle triompha cependant, grâce à son utilité pratique (Gaius, III, p. 156 ; Inst., III, 26, § 6).

Le *mandatum pecuniæ credendæ* a pour principal avantage de permettre au créancier d'agir successivement contre les deux obligés, débiteur principal et caution. Celle-ci reste tenue, malgré la poursuite intentée contre le débiteur principal. Cette différence avec la *fidejussio* s'explique de la façon suivante : l'obligation contractée par la caution n'a pas la même source que l'obligation du débiteur principal. Le débiteur doit, en vertu d'une stipulation ou d'un *mutuum*, contrat de droit strict, une somme déterminée : *certaines* ; la caution doit, en vertu d'un mandat, contrat de bonne foi, non plus une somme fixe, mais quelque chose de vague, d'indéterminé, un *incertum* : elle est obligée de réparer le préjudice que peut causer au créancier l'exécution du mandat. L'objet de son obligation n'a donc rien de commun avec celui de la dette du débiteur principal. En conséquence, le créancier aura deux recours assurés, dans le *mandatum pecuniæ*

credendæ, tandis qu'il n'en a qu'un, à vrai dire, dans la *fidejussio*.

Ajoutons que le mandat, contrat consensuel, peut intervenir entre absents; il en est autrement de la *fidejussio*, qui exige la présence des intéressés. Toutefois le champ d'application du *mandatum pecuniæ credendæ* n'est pas aussi vaste que celui de la *fidejussio*.

Le fidéjusseur peut accéder non seulement aux dettes futures, mais encore aux dettes déjà nées, tandis que le *mandator pecuniæ credendæ* ne garantit que les dettes futures.

III. *Constitut*. — Le pacte de constitut, employé comme mode de cautionnement, est d'une époque quelque peu antérieure au *mandatum pecuniæ credendæ*. Labéon, contemporain d'Auguste, s'en est occupé (L. 3, § 2, Dig., XIII, 5).

Comme le mandat, le constitut, à l'origine, n'est nullement destiné à servir de mode de cautionnement. Dans sa première application, il permet aux parties soit de rapprocher le terme de la dette, soit de le prolonger. Dans la suite, ce pacte reçut de nouvelles applications. Ainsi, et c'est la seule application qui nous intéresse, il put contenir un cautionnement. A cet effet, il suffit qu'un tiers prenne l'engagement de payer une dette déjà née, sans intention toutefois de la prendre exclusivement à sa charge, auquel cas il y aurait une *expromissio*. Le créancier, qui reçoit cet engagement, aura ainsi deux actions : une action contre le débi-

teur principal, née du contrat primitivement intervenu, et une action prétorienne *de pecunia constituta* contre la caution.

Ce nouveau mode de cautionnement offre quelques avantages pratiques. Ainsi, il n'exige pas la présence des parties, ni l'emploi de paroles déterminées. En outre, l'objet de l'obligation contractée par la caution étant distinct de la dette du débiteur principal, le créancier a un double recours assuré.

L'action attachée à l'obligation née du constitut était annale. Justinien la rendit perpétuelle (L. 2, pr., C., IV, 18).

Le pacte de constitut présente sur la *fidejussio* des avantages pratiques. Cependant il ne la remplaça pas complètement. Le constitut implique une dette préexistante ; il est donc impossible de garantir par cette voie une dette future. Sur ce point la *fidejussio* conserve son utilité.

Nous nous proposons spécialement d'étudier les divers bénéfices que la législation romaine a successivement accordés à ceux qui garantissent la dette d'autrui. Le fait seul de garantir la dette d'autrui devait attirer sur celui qui s'obligeait au paiement toutes les faveurs de la loi ; aussi de bonne heure on se préoccupa d'améliorer sa condition, sans toutefois diminuer les sûretés stipulées par le créancier. De là, la création de plusieurs bénéfices au profit des fidéjusseurs.

Ces bénéfices, dans l'ordre chronologique, sont les suivants :

1° Le bénéfice de la loi Apuleia (an de Rome 652).

2° Le bénéfice de la loi Furia (an de Rome 659).

3° Le bénéfice de cession d'actions, créé par la jurisprudence.

4° Le bénéfice de division, introduit par un rescrit de l'empereur Adrien.

5° Le bénéfice d'ordre ou de discussion, établi par une novelle de Justinien, en l'année 535.

L'examen de ces différents bénéfices doit être maintenant abordé en détail.

CHAPITRE PREMIER

BÉNÉFICE DES LOIS APULEIA ET FURIA

Quand un *sponsor* ou un *fidepromissor* paye la dette, il peut, au moyen de l'action *contraria mandati*, recourir contre le débiteur principal ; ce recours, étendu par la suite aux fidéjusseurs et consacré en ce sens par Justinien, suppose essentiellement un mandat (Gaius, III, § 127 ; Inst., § 6, *De fidej.*).

Si un tel mandat n'existe pas, diverses hypothèses peuvent se présenter :

Ou bien l'*adpromissor* s'est obligé *donandi animo* : aucun recours n'est alors possible.

Ou bien l'*adpromissor* s'est obligé à l'insu du débiteur principal ; il y a alors gestion d'affaires ; l'*adpromissor* pourra, au moyen de l'action *negotiorum gestorum contraria*, recourir contre le débiteur principal.

Ou bien l'*adpromissor* s'est obligé malgré la défense du débiteur ; dans ce dernier cas, un recours est-il possible ? Quelques jurisconsultes accordaient alors une action utile, mais Paul et Pomponius refusaient

toute action, et Justinien a admis cette dernière solution (L. 40, D., XVII, 1. — L. 24, C., II, 19).

Ainsi, dans certains cas, l'*adpromissor*, quand il avait désintéressé le créancier, avait un recours contre le débiteur principal. Mais supposons que la dette qui vient d'être éteinte ait été garantie par plusieurs *adpromissores*, tenus *in solidum*. L'*adpromissor* qui a payé vait-il pouvoir recourir contre les autres *adpromissores* ? La négative est certaine, au moins à l'origine. En effet, les obligations des différents *adpromissores* sont indépendantes les unes des autres : on ne peut supposer entre ces divers garants aucun mandat, soit exprès, soit tacite : celui qui avait payé ne pouvait donc exercer l'action *mandati contraria* contre ses *co-adpromissores*. En second lieu, comme il était tenu *in solidum*, on ne pouvait dire, juridiquement, qu'il avait fait l'affaire de ces *co-adpromissores* : l'action *negotiorum gestorum contraria* lui était donc refusée.

En résumé, l'*adpromissor* qui avait payé n'avait de recours que contre le débiteur principal, c'est-à-dire qu'il n'avait aucun recours utile, en cas d'insolvabilité de ce débiteur.

La loi Apuleia, rendue en l'an 652 de Rome, eut pour but de remédier à cet état de choses (Gaius, III, § 122). Une sorte de société exista dès lors de plein droit entre les *sponsores* et les *fidepromissores* qui s'étaient portés garants d'une même dette, et le débiteur accessoire qui avait payé pouvait, par l'action *pro socio*, demander aux

autres *co-adpromissores* ce qu'il avait payé en plus de la part qu'il devait supporter, en admettant la contribution à la dette de tous les débiteurs accessoires.

Mais, puisque les *sponsores* et les *fidepromissores* étaient déclarés de plein droit *socii* par la loi Apuleia, il était juste qu'ils pussent connaître exactement, avant de s'engager, l'étendue de l'obligation qu'ils allaient contracter : « *Cautum est ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, prædicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit* » (Gaius, III, § 123).

La loi Furia, sept années après la loi Apuleia, vint accorder aux débiteurs accessoires deux faveurs nouvelles : 1° L'obligation du *sponsor* et du *fidepromissor* fut limitée à deux ans, alors qu'antérieurement ils étaient tenus jusqu'à leur mort (Gaius, III, § 121). — 2° Un certain bénéfice de division fut accordé au *sponsor* et au *fidepromissor* ; ce bénéfice de la loi Furia ne doit pas être confondu avec celui créé par Adrien, et que nous étudierons plus loin. Voici en quoi il consiste :

La loi Apuleia avait laissé subsister l'obligation pour l'*adpromissor* de payer *in solidum* la dette au créancier, en sorte que, forcé de faire l'avance de tout le montant de la créance, le débiteur restait exposé à l'insolvabilité de ses codébiteurs. La loi Furia décida que, désormais, l'obligation serait divisée de plein droit en autant de parties qu'il y aurait de *spon-*

sores ou de *fidepromissores* existant au moment de l'exigibilité, qu'ils fussent solvables ou non : c'était, en somme, le créancier qui subissait les conséquences de l'insolvabilité des codébiteurs accessoires, et s'il demandait à l'un des *adpromissores* la totalité de la somme qui lui était due, il était repoussé par la *plus petitio*, dont on sait les rigoureuses conséquences. La protection dont la loi Furia couvrait les *sponsores* et les *fidepromissores* était donc exagérée ; le créancier était sacrifié, et cette situation intolérable contribua pour beaucoup à substituer la *fidejussio* à la *sponsio* et à la *fidepromissio*. Notons en terminant que la loi Furia n'était applicable qu'en Italie.

CHAPITRE II

DU BÉNÉFICE DE CESSIION D' ACTIONS

Le bénéfice de cession d'actions est une dérogation à la règle que l'*adpromissio*, contrat de droit strict, ne lie que la caution. Aucune obligation, en effet, n'a été contractée par le créancier qui peut s'adresser au fidéjusseur, sans se demander si celui-ci recouvrera ses déboursés. Or, peut-être le créancier a-t-il des garanties, soit personnelles, soit réelles, assurant le paiement de la dette : garanties personnelles, si la dette a été cautionnée par plusieurs fidéjusseurs ; garanties réelles, si le débiteur, ou un tiers, a hypothéqué tel bien, etc. Le créancier, certain de la solvabilité de tel fidéjusseur, a négligé d'invoquer les garanties stipulées à l'origine ; il a demandé le paiement à ce fidéjusseur solvable. Strictement, celui-ci doit payer. Que deviennent alors toutes les sûretés accordées au créancier ? Elles disparaissent. Cependant elles auraient été utiles au fidéjusseur ; elles lui auraient assuré un recours efficace. L'équité exigeait que l'on vînt à son

secours. Pourquoi ne pas lui reconnaître le droit de dire au créancier : « Je ne vous payerai que si vous me cédez vos actions ; me refuser cette cession, c'est commettre un dol envers moi ? »

La prétention du fidéjusseur était légitime. Aussi la jurisprudence vint-elle la consacrer, en créant le bénéfice de cession d'actions.

Ce bénéfice a été introduit, sans doute, entre le règne d'Auguste et celui d'Adrien sous lequel vivait le jurisconsulte Julien qui (L. 13, D., *De fidej.*) s'en est occupé, ce qui laisserait croire que cette institution était déjà en vigueur.

Nous diviserons notre chapitre en deux sections : dans la première, nous étudierons les conditions de la cession d'actions ; dans la seconde, les effets de cette cession.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS DE LA CESSION D'ACTIONS

Le fidéjusseur ne peut invoquer le bénéfice de cession d'actions que s'il satisfait aux trois conditions suivantes :

1° Il doit avoir un recours contre le débiteur principal ;

2° Demander la cession avant tout paiement ;

3° Désintéresser intégralement le créancier.

Première condition : le fidéjusseur doit avoir un recours.

Le bénéfice de cession d'actions a été imaginé pour assurer au fidéjusseur un recours plus efficace. En conséquence, nous permettrons aux seuls fidéjusseurs qui ont un recours d'invoquer ce bénéfice et d'en profiter. Nous refuserons ce droit, au contraire, aux fidéjusseurs qui ne doivent pas avoir de recours.

Donnons quelques exemples :

1° Un fidéjusseur a garanti une dette qui l'intéresse principalement : *in rem suam spopondit* (L. 24, D., II, 14) ; il est plutôt débiteur principal que fidéjusseur ; aussi le traitera-t-on comme tel. La cession d'actions peut lui être refusée, à bon droit, ou s'il l'obtient, elle lui sera inutile.

2° Un fidéjusseur est intervenu *animo donandi*. Comme il n'a aucun recours, il ne peut demander la cession d'actions (L. 32, D., II, 14).

3° Un fidéjusseur a bien répondu de la dette d'autrui, avec une pensée de recours, mais il a payé le créancier sans avertir le débiteur principal. Celui-ci, ignorant qu'il est libéré, a payé une seconde fois la dette. Le fidéjusseur ne peut, en pareille hypothèse, invoquer la cession d'actions, ni même agir par l'action *mandati contraria* contre le débiteur principal. Celui-ci, en effet, rendrait la poursuite inutile, en cédant la *condictio indebiti* qu'il a contre le créancier.

4° Une quatrième hypothèse, douteuse toutefois, peut se présenter; c'est la suivante : un fidéjusseur est intervenu contre la volonté du débiteur principal; il a acquitté la dette. Cessionnaire des actions du créancier, peut-il les exercer contre le débiteur principal? Nous avons vu, au premier chapitre, que tout recours lui est refusé (L. 24, C., II, 19). Nous déciderons donc que le fidéjusseur ne pourra profiter de la cession. En s'obligeant malgré le débiteur principal, il a manifesté clairement sa volonté de perdre son argent.

Deuxième condition : le fidéjusseur doit demander la cession des actions avant son paiement (L. 76, D., XLVI, 3).

Cette règle s'explique de la manière suivante : le paiement éteint la dette, et avec elle les accessoires, hypothèques, gages, etc. Une fois désintéressé, le créancier ne pourrait céder aucune action au fidéjusseur, car le paiement a éteint tous ses droits.

S'il en est ainsi, il importe peu que la cession soit demandée avant le paiement. En vain une convention en vue de cette cession aura-t-elle eu lieu, le paiement qui suivra la frappera d'impuissance. Le créancier aura voulu céder ses actions, mais il n'aura pas pu; car en recevant la somme qui lui est due par le fidéjusseur, il verra s'évanouir entre ses mains les actions même qu'il avait promises.

Les Romains ont tourné habilement la difficulté que nous venons de signaler. Le créancier ne recevra pas

le paiement de la dette, mais il sera réputé vendre ses droits au fidéjusseur, moyennant un prix égal à celui de la dette (L. 36, D., *De fidej.*) : « *Non solum recepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit* ». Cette vente est un expédient, *quodammodo*, auquel on a recours pour transmettre au fidéjusseur les actions.

Le mode d'exécution de cette vente est bien connu. Il consiste dans une *procuratio* ou mandat donné au fidéjusseur, acheteur fictif, de poursuivre le débiteur principal, avec dispense de rendre compte au mandant, le créancier. Une créance, à Rome, ne pouvait pas être cédée directement. On échappait à cette règle à l'aide d'un biais, la *procuratio in rem suam*.

Troisième condition : le fidéjusseur doit désintéresser intégralement le créancier.

Le bénéfice de cession d'actions, en effet, ne doit nullement porter atteinte aux droits du créancier. Celui-ci ne peut être contraint à céder ses actions qu'autant qu'il les retiendrait sans motif. Or, cette condition n'existe que si le fidéjusseur lui offre un paiement intégral.

Le fidéjusseur, disons-nous, doit payer au créancier toute la dette, ni plus ni moins. Cependant, il existe une hypothèse où le fidéjusseur sera tenu de payer plus que la dette (L. 2, C., VIII, 41). Voici l'espèce : un créancier a sur le même bien deux hypothèques garantissant deux dettes distinctes. En outre, un fidéjusseur accède à la première dette ; le créancier pour-

suit ce fidéjusseur. Il ne sera tenu, dit le texte, de céder ses actions qu'à la condition de recevoir le paiement total de ce qui lui est dû.

On donne de cette solution l'explication suivante : Si le créancier cédait ses actions au fidéjusseur qui a garanti la première dette hypothécaire, il ne serait plus que second créancier hypothécaire pour la deuxième dette, et, par suite, sa situation serait très précaire. Soit ! mais que deviendrait ce raisonnement si le fidéjusseur disait au créancier : « Gardez le premier rang, je me contenterai du second ? »

On peut supposer que la deuxième créance est purement chirographaire. Donnerons-nous la même solution ? Le créancier aura-t-il le droit d'exiger, comme condition de la cession, non seulement le paiement de la dette hypothécaire garantie par le fidéjusseur, mais encore le paiement de la dette chirographaire ? Nous ne le pensons pas. La Constitution de Gordien (L. *unic.*, C., VIII, 27) reconnaît bien au créancier le droit de refuser de céder les gages au débiteur, tant que celui-ci n'aura pas payé les deux dettes qu'il a contractées, la dette hypothécaire et la dette chirographaire. Mais cette constitution n'est opposable qu'au débiteur principal lui-même, et non au fidéjusseur. Le débiteur commet un dol, en exigeant la remise du gage ; il emploierait, en effet, la valeur de la chose à désintéresser le créancier ; qu'il la laisse entre les mains de ce dernier. Il n'en est pas de même du

fidéjusseur qui est étranger à la seconde dette : il peut exiger la cession, en payant seulement ce qu'il doit.

Telles sont les conditions que le fidéjusseur doit remplir pour avoir le droit d'exiger la cession d'actions.

Cela étant, deux hypothèses se présentent : ou le créancier consent volontairement au fidéjusseur la cession d'actions, ou il la lui refuse. La première hypothèse est simple, et ne comporte aucun développement. Il n'en est pas de même de la seconde qui, comme nous allons le voir, soulève de graves difficultés.

Sur cette seconde hypothèse, il y a lieu de distinguer deux cas : le créancier, qui refuse de céder les actions, poursuit en justice le fidéjusseur, ou il ne le poursuit pas.

1° *Le créancier n'exerce aucune poursuite.* — Le fidéjusseur, sans doute, a offert spontanément au créancier de le désintéresser, s'il lui cédait ses actions. L'hypothèse est simple. Sur le refus du créancier, le fidéjusseur retirera son offre.

2° *Le créancier agit en justice.* — Tout d'abord, on s'explique difficilement que le créancier poursuive le fidéjusseur. Celui-ci se déclare prêt à acquitter la dette, mais préalablement il exige la cession des actions. Refuser cette cession, et agir en justice, c'est s'exposer à un échec certain. Ou le magistrat, convaincu que le créancier commet un dol, ne délivrera

pas de formule, ou le juge, l'*exceptio doli mali* vérifiée, absoudra le défendeur.

Cependant le procès peut avoir lieu pour une cause sérieuse. Ainsi le fidéjusseur conteste le fait de la fidéjussion, ou bien, sans nier le fait en lui-même, il en conteste l'étendue.

En cas d'insuccès, une difficulté se présente, avant Justinien toutefois. Le fidéjusseur condamné peut-il encore demander la cession des actions? La *litis contestatio* ne la rend-elle pas impossible? Hâtons-nous de dire qu'il s'agit seulement des actions personnelles et non des actions hypothécaires. Celles-ci, en effet, survivent à la *litis contestatio* (L. 13, § 4, D., XX, 1). Le fidéjusseur condamné peut toujours en exiger la cession et, si le créancier refuse de les céder, il ne payera pas le montant de la condamnation. Est-il poursuivi par l'action *judicati*, il opposera une exception de dol. La difficulté porte seulement sur les actions personnelles que le créancier a, tant contre le débiteur principal que contre les autres fidéjusseurs.

Le fidéjusseur, victime de son erreur, a-t-il perdu irrévocablement le bénéfice de ces garanties personnelles? On a soutenu que le fidéjusseur a toujours le droit d'opposer à l'action *judicati* l'exception de dol. Cette opinion est inadmissible; l'exception ne peut empêcher l'effet de la *litis contestatio*.

On suppose que le fidéjusseur, avant la délivrance de la formule, se faisait céder conditionnellement les

actions, pour un prix égal au montant de la condamnation, en cas d'échec de sa part. Les textes ne repoussent pas cette solution (Inst., III, 23, § 1). Cependant on peut douter de son exactitude. Le prix de vente est certain, mais encore faut-il que les droits à céder existent au moment de l'arrivée de la condition, et à ce moment ils sont éteints.

Peut-être une *actio in factum*, intentée par le créancier, permet-elle d'échapper à toute difficulté. Quand un débiteur avouait sa dette, en principe, mais en contestait l'étendue, il y avait lieu à la délivrance d'une *actio in factum*. Ne peut-on pas agir de même dans notre espèce? Le fidéjusseur dira au créancier : « Vendez-moi vos actions pour le prix que le juge fixera lui-même. »

SECTION II

EFFETS DE LA CESSION DES ACTIONS

La cession d'actions a pour but d'assurer au fidéjusseur un recours efficace. A cet effet, le créancier doit lui céder toutes ses actions.

Ces actions sont :

1° L'action du créancier contre le débiteur principal.

2° Des actions hypothécaires, au cas où des sûretés

réelles ont été données par le débiteur principal ou un tiers.

3° Des actions contre les fidéjusseurs qui ont garanti la dette.

1° *L'action du créancier contre le débiteur principal.*
— Tout d'abord on ne comprend pas bien l'utilité de cette action. Le fidéjusseur n'a-t-il pas, de son chef, contre le débiteur principal, soit l'action *mandati contraria*, soit l'action *negotiorum gestororum contraria*, action de bonne foi, et comme telle supérieure à l'action de droit strict que possède généralement le créancier? En effet, celle-ci ne donne pas lieu aux intérêts moratoires, tandis que celle-là les fait courir. Ajoutons que l'action *mandati* serait préférable, même au cas où le créancier aurait droit à des intérêts. Le fidéjusseur a pu, en effet, pour acquitter la dette, être obligé d'emprunter à un taux plus élevé que le débiteur principal. En exerçant l'action même du créancier, il serait en perte; tandis que, par l'action *mandati*, il serait indemnisé complètement de toutes ses dépenses (L. 12, § 9, D., XVII, 1).

Cependant l'action personnelle du créancier peut, le cas échéant, ne pas être dépourvue d'utilité. Ainsi Gaius nous dit au § 171, IV, que certaines actions croissaient au double, *per inficiationem debitoris*: telles étaient les actions *judicati*, *legis Aquiliæ*, *legatorum per damnationem*. Si l'action du créancier est l'une d'elles, le fidéjusseur, peut-être, aura intérêt à l'invoc-

quer. Au même paragraphe, Gaius déclare que la *condictio certæ pecuniæ* permet à chaque adversaire de citer un tiers de la somme due. Grâce à cette action, si le créancier la possède, le fidéjusseur pourra obtenir non seulement le paiement de ce qu'il a déboursé, mais encore le tiers de la somme litigieuse.

2° *Actions hypothécaires*. — Des sûretés réelles ont-elles été consenties au créancier, le fidéjusseur a le droit d'en exiger la cession (L. 21, C., VIII, 41). Cette loi dit formellement que le fidéjusseur attaqué ne peut être contraint au paiement avant d'avoir été autorisé par un *mandat* à exercer les actions hypothécaires qui accompagnent l'action. Cette expression de *mandat* que nous soulignons fait allusion au procédé de cession dont nous avons déjà parlé.

Cessionnaire des actions personnelles et hypothécaires, le fidéjusseur est libre de les exercer dans l'ordre qu'il lui plaira de suivre; il a sur ce point la même liberté que le créancier. Il peut agir d'abord personnellement contre le débiteur principal, comme il peut de préférence exercer l'action hypothécaire, et c'est ce parti qu'il prendra si le débiteur principal est insolvable. Il évitera ainsi de concourir avec les autres créanciers.

Le fidéjusseur peut agir hypothécairement contre toute personne qui détient le bien hypothéqué. Il importe peu que le possesseur soit le constituant lui-même ou un tiers acquéreur. Toutefois cette solution

n'est complètement exacte que si l'on se place avant la Novelle IV de Justinien. Depuis cette Novelle, le fidéjusseur a perdu le droit de poursuivre les tiers acquéreurs et, par suite, l'importance pratique du bénéfice de cession d'actions a beaucoup diminué. L'Empereur a décidé que désormais toute poursuite hypothécaire contre les tiers possesseurs serait subordonnée à la preuve de l'insolvabilité des débiteurs accessoires. Cette décision paralysait l'action du fidéjusseur contre le tiers acquéreur. Car celui-ci pouvait lui dire : « le créancier, dont vous exercez les droits, ne peut m'attaquer que si vous êtes insolvable; or, vous ne l'êtes pas, puisque vous avez payé le créancier ». Par suite, la cession des actions réelles, sous Justinien, ne présentera de l'intérêt que si le créancier ou le constituant détiennent les choses engagées à la dette.

Par cette dernière expression, *le constituant*, nous désignons soit le débiteur principal, soit le tiers, caution réelle, qui a hypothéqué sa chose à la dette d'autrui. Nous refusons, en effet, à ce dernier, le droit d'invoquer la Novelle IV, et cela pour deux motifs : le bénéfice de discussion est accordé par la Novelle IV, cap. II, au tiers acquéreur seul : « *neque ad res debitorum, quæ ab aliis detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus contra mandatores, etc.* » Or une caution réelle n'est pas un tiers acquéreur. Ensuite la raison pour laquelle Justinien a créé le bénéfice de discussion ne peut s'appliquer à la

caution réelle. L'Empereur a voulu venir au secours des tiers qui pouvaient, en achetant, ignorer que le bien était grevé d'hypothèques. On sait, en effet, que les hypothèques, en droit romain, étaient occultes. Or, la caution réelle, ayant constitué elle-même l'hypothèque, ne pouvait l'ignorer. Dès lors, il n'y a plus lieu de la protéger. Le fidéjusseur aura le droit de la poursuivre directement.

3° *Actions contre les fidéjusseurs.* — Grâce à la cession des actions, le fidéjusseur, avons-nous dit, peut se retourner contre ses cofidéjusseurs. Ce droit, toutefois, ne lui est pas reconnu par tous les interprètes du droit romain. Un savant romaniste, de Savigny, conteste ce recours (*Traité des obligations*, III, p. 25). A l'appui de son opinion, il cite deux textes, la loi 11 au Code, VIII, 41, et le § 4 aux Inst., III, 20.

La loi 11 examine deux hypothèses. Dans la première, le fidéjusseur paye toute la dette, sans exiger la cession des actions; il a seulement un recours contre le débiteur principal, et avec raison. En s'obligeant, en effet, le fidéjusseur a fait l'affaire du débiteur principal : il n'a nullement songé à faire l'affaire des autres garants. Entre eux, les fidéjusseurs ne se rendent aucun service; ils s'obligent pour le tout.

Dans la seconde hypothèse, la loi 11 suppose une cession. « Le fidéjusseur, dit le texte, a pu demander que le gage lui fût transféré ». C'est donc contre les détenteurs des biens hypothéqués seulement que le

fidéjusseur a action. Selon Savigny, il résulte de ce texte que le fidéjusseur n'a aucun recours contre les cofidéjusseurs.

Le second texte, aux Institutes, s'exprime ainsi : « Si un créancier a exigé le payement d'un fidéjusseur et que le débiteur principal soit insolvable, ce payement tournera au préjudice du fidéjusseur coupable de n'avoir pas demandé que les actions fussent divisées ».

Ce second texte ne parle que de la division des actions ; il ne dit pas un mot de la cession. Ne faut-il pas conclure de ce silence que le fidéjusseur a action contre le débiteur principal seulement ?

Au surplus, ces textes s'expliquent rationnellement. Les fidéjusseurs ont contracté la même dette dans l'intérêt du débiteur seul ; ils sont étrangers les uns aux autres. Que le recours du fidéjusseur contre le débiteur principal soit assuré, cela se comprend, ce recours a une raison ; mais pourquoi permettre aux fidéjusseurs d'agir les uns contre les autres ? entre eux il n'y a aucune raison de recours.

Nous admettons l'opinion contraire. La loi 39, D., *De fidej.*, est formelle. Ce texte décide en effet que si le fidéjusseur poursuivi ne s'est pas fait céder les actions, les autres fidéjusseurs ne peuvent être poursuivis. Donc, en cas de cession, ils pourraient l'être.

Les textes cités par l'opinion adverse ne sont nullement probants. Si le texte des Institutes ne parle pas de la

cession d'actions, ce silence s'explique ainsi : Justinien reproduit le texte de Gaius, et Gaius ne nous donne pas le droit de son temps ; c'est toujours au droit ancien qu'il fait allusion dans ses Commentaires. Or, le texte cité se réfère à une époque où le bénéfice de cession d'actions n'existait pas encore. Quant à la loi 44, elle se place dans l'hypothèse où le fidéjusseur a négligé, dès le début de l'instance, de demander la cession des actions. Condamné, il a perdu le droit de se faire céder les actions personnelles, la *litis contestatio* les a éteintes, mais il peut toujours demander que les gages lui soient transférés, car, comme nous l'avons déjà vu, la poursuite en justice les laisse subsister.

Refuser au fidéjusseur d'agir contre les autres garants, ce serait méconnaître la tendance du droit romain à donner des recours à quiconque répondait de la dette d'autrui. Il suffit de rappeler la loi Apuleia (Gaius, III, § 122) établissant une société entre les divers *sponsores*, la loi Furia divisant la dette entre les garants au jour de l'échéance, la loi Cicereia enfin obligeant le créancier à dire à tout *adpromissor* le nombre des garants, leurs noms, afin que les rapports entre tous fussent plus faciles (Gaius, III, § 123).

Le recours du fidéjusseur une fois admis, une question se présente. Le fidéjusseur peut-il demander la dette à celui des cofidéjusseurs qu'il poursuit, sa part déduite, ou doit-il diviser son recours ? Nous répondons, quoique les textes sur ce point ne s'expliquent

pas, que le fidéjusseur doit diviser son recours. Les fidéjusseurs sont tous dans la même situation. Il n'y a aucune raison pour qu'un fidéjusseur souffre plus que l'autre.

Nous avons dit, au début de cette deuxième section, que la cession avait pour effet d'investir le fidéjusseur de toutes les actions possédées par le créancier. Insistons sur ce point.

Nous disons *toutes les actions* — actions personnelles, actions hypothécaires — sans distinguer si ces dernières ont été acquises avant ou après la *fidejussio*. On pourrait cependant émettre quelques doutes relativement aux sûretés données au créancier, après la *fidejussio*. Le fidéjusseur, en effet, n'est pas fondé à dire qu'il s'est obligé en considération de ces hypothèques. Cependant, en l'absence de textes, il est difficile de ne pas maintenir notre solution.

Ajoutons que le créancier doit céder ses actions au fidéjusseur, telles qu'il les a au moment de la cession. En a-t-il altéré la force, soit en faisant remise à l'un des fidéjusseurs, soit en laissant tomber une hypothèque, il importe peu. Le fidéjusseur n'est pas fondé à se plaindre des actes du créancier ou de sa négligence ; il doit acquitter la dette. Le créancier, en effet, n'a contracté envers lui aucune obligation : il cède les actions telles qu'il les a, il ne doit rien de plus.

Cette solution toutefois n'est pas acceptée par tous les commentateurs. Dans une opinion, on soutient que

le fidéjusseur peut refuser de payer le créancier quand celui-ci a compromis son recours. On invoque la loi 18, au Code (*De fidej.*). L'hypothèse prévue est celle-ci : un créancier a vendu la chose hypothéquée un prix inférieur au montant de la dette. Le fidéjusseur établit que le créancier aurait pu obtenir un prix supérieur, au moins égal à la somme qui lui était due. Dès lors il y a eu faute de sa part. Le fidéjusseur ne sera pas tenu de payer le surplus.

Le système que nous adoptons s'appuie sur les lois 15. § 1, D. *De fidej.*; 23, C., *De fidej.* Cette dernière loi toutefois présente quelque difficulté. Elle est ainsi conçue : « *Pignori bus datis a reo principali distractis, nec post longi temporis intercallum residuum a fidejussore creditor petere prohibetur* ». Voici l'espèce : « Le débiteur a vendu le bien hypothéqué. L'acheteur peut prescrire. Le créancier demandera au fidéjusseur ce qui est dû ». Ainsi la prescription de l'hypothèque n'entraîne pas l'extinction de l'action contre le fidéjusseur. Ce dernier texte, avons-nous dit, est assez obscur. L'expression *residuum* qu'il contient est susceptible en effet de plusieurs sens. On a soutenu que le vendeur, dans l'espèce, était le créancier et non le débiteur principal. Le fidéjusseur, d'après ce texte, peut être poursuivi pour ce qui reste dû au créancier, déduction faite du prix de vente touché par lui.

Cette dernière explication est inadmissible. Si la vente émanait du créancier, comment pourrait-il être

question de prescription? l'hypothèque tomberait immédiatement.

Il faut faire, en terminant, une double observation :

1° Nous avons dit que le créancier doit céder *toutes ses actions*, toutes les actions transmissibles bien entendu. Or, celles-là seulement peuvent être cédées qui sont attachées à la créance et non à la personne. Le créancier a-t-il un droit que la loi lui accorde, spécialement, dans un but de protection, il ne peut le céder. Sa personne, en effet, disparaissant, le privilège disparaît. Ainsi le *privilegium inter personales actiones* accordé aux pupilles sur les biens de leurs tuteurs ne peut profiter au fidéjusseur qui a désintéressé le pupille. Aucune subrogation n'est possible (L. 42, D., XXVI, 7).

2° La cession d'actions a été imaginée dans l'intérêt du fidéjusseur, pour assurer son recours contre le débiteur principal. Peut-elle lui faire obtenir plus que ce qu'il a réellement déboursé? Ainsi, le créancier s'est contenté d'une somme moindre que la dette. Le fidéjusseur qui s'est fait céder les actions peut-il exiger du débiteur le montant intégral de la créance? En principe, non. Il n'aurait ce droit que s'il démontrait que le créancier a eu l'intention de lui faire une libéralité (L. 10, § 13, D., XVII, 1). Mais, comme la cession des actions serait volontaire de la part du créancier, nous n'avons pas à examiner cette question qui est en dehors de notre sujet.

Nous avons vu, en parlant de l'utilité de la cession

des actions, que le fidéjusseur, dans certains cas, peut avoir intérêt à exercer l'action personnelle du créancier, notamment quand celle-ci croît au double *per inficiationem debitoris*. Le fidéjusseur, en pareille hypothèse, court la chance d'obtenir une condamnation supérieure à la somme déboursée par lui. Mais ce résultat ne contrarie nullement notre principe, car il a pour cause non pas la cession des actions, mais la mauvaise foi du débiteur principal.

CHAPITRE III

DU BÉNÉFICE DE DIVISION

Lorsqu'une dette est garantie par plusieurs fidéjusseurs, le créancier peut poursuivre l'un quelconque pour le tout. Ceux-ci, en effet, ont répondu du paiement intégral de la dette, *in solidum singuli obligantur*, dit Gaius.

Le bénéfice de division créé par l'empereur Adrien apporta un tempérament au droit du créancier. Cet empereur obligea, sur la demande du fidéjusseur poursuivi, le créancier à diviser son action entre les fidéjusseurs solvables. Cette disposition était heureuse, car, tout en sauvegardant les intérêts du créancier, elle atténuait, dans une certaine mesure, l'obligation de la caution.

Cette division de la dette entre les fidéjusseurs, à vrai dire, n'était pas une innovation dans la matière du cautionnement. Déjà une loi, la loi Furia, avait divisé la dette entre les *sponsores* et les *fidepromissores*. Cependant, on commettrait une grave erreur si on voyait

dans le bénéfice créé par Adrien une extension de la loi Furia à la *fidejussio*. De nombreuses différences séparent ces deux institutions. Nous les indiquerons brièvement. Du reste, elles découlent toutes de l'esprit dans lequel la loi Furia et le bénéfice de l'empereur Adrien ont été conçus.

En divisant la dette entre les *sponsores* et les *fidepromissores*, la loi Furia, loin de favoriser le crédit, cherchait au contraire à le diminuer. Les créanciers, pensait-on, feraient plus rarement crédit, si les garanties accordées par les débiteurs étaient rendues moins efficaces. L'emprunt était considéré comme un mal ; aussi le législateur croyait faire une œuvre utile en édictant une disposition qui, par la défiance qu'elle devait inspirer aux créanciers, était de nature à restreindre le crédit des débiteurs.

L'empereur Adrien, en introduisant le bénéfice de division, poursuivait un but tout autre. Il se proposait de venir au secours de personnes qui s'obligeaient bienveillamment pour autrui, mais il ne sacrifiait pas pour cela les droits des créanciers ; il les respectait, soucieux de conserver aux sûretés stipulées toute leur efficacité. La loi Furia pouvait tourner au préjudice des créanciers ; le bénéfice de division, au contraire, ne lésait en rien leurs intérêts.

Les différences entre la division opérée par la loi Furia et le bénéfice établi par le rescrit d'Adrien sont les suivantes :

La loi Furia divise la dette de plein droit entre les *sponsores*, solvables ou non, au moment de l'échéance. Au contraire, le rescrit d'Adrien maintient en principe l'obligation des fidéjusseurs, mais il permet à ceux-ci, en cas de poursuite, d'exiger la division de la dette entre les fidéjusseurs solvables.

Insistons sur ces différences et relevons les conséquences qu'elles entraînent.

La division de la dette, d'après la loi Furia, a lieu de plein droit entre les *sponsores* existant au moment de l'échéance (Gaius, III, § 121). Ainsi trois *sponsores* ont garanti une dette de 30, l'obligation de chacun sera réduite à 10.

Cette division de plein droit conduit aux conséquences suivantes : *a.* le créancier poursuit-il l'un des *sponsores* pour 30, il commet une *plus petitio* ; *b.* l'un des *sponsores* a-t-il payé toute la dette, il aura, pour répéter ce qu'il a payé en trop, la *condictio indebiti*. Ajoutons que le *sponsor* qui payait au delà de sa part pouvait employer contre le créancier la *manus injectio pro judicato* (Gaius, IV, § 22).

La situation faite aux fidéjusseurs par le rescrit d'Adrien est bien différente. Ainsi la dette ne se divise pas de plein droit entre eux (L. 26, D., *De fidej.*) : c'est au fidéjusseur poursuivi à invoquer le bénéfice.

En principe, chaque fidéjusseur est tenu pour le tout. Aussi le créancier ne commet-il pas une *plus petitio* en demandant la totalité de la dette à l'un des

fidejussores, de même que le fidéjusseur qui paye le tout ne peut répéter par la *condictio indebiti*, car il n'a pas payé l'indû.

D'après la loi Furia, la division a lieu entre les *sponsores* solvables ou non au moment de l'échéance. Cette disposition peut être préjudiciable aux intérêts du créancier, car elle met à sa charge l'insolvabilité des *sponsores*.

Le rescrit d'Adrien respecte davantage les droits du créancier, car le fidéjusseur poursuivi ne peut invoquer le bénéfice qu'autant que ses cofidéjusseurs sont solvables au moment de la poursuite. Dès lors le créancier n'a plus à souffrir de l'insolvabilité qui peut frapper l'une des cautions.

Deux questions se présentent ici à notre examen :

1° Qui peut invoquer le bénéfice ?

2° Comment ce bénéfice est-il invoqué ?

SECTION PREMIÈRE

QUI PEUT INVOQUER LE BÉNÉFICE DE DIVISION

Le fidéjusseur n'a le droit d'invoquer le bénéfice de division que s'il réunit les trois conditions suivantes :

1° Il est nécessaire qu'il se soit obligé à la même dette et envers le même débiteur que les cofidéjusseurs entre lesquels il veut faire diviser la dette ;

2° Il est nécessaire que les cofidéjusseurs soient solvables au moment de la poursuite ;

3° Il ne doit pas avoir perdu le bénéfice de division, ou en être privé par la loi.

Première condition. — Il est indispensable que les fidéjusseurs se soient obligés pour la même dette et envers le même débiteur, mais il n'est pas nécessaire que tous se soient obligés sous les mêmes modalités.

A. Les fidéjusseurs doivent s'être obligés par la même dette et pour la totalité de cette dette. S'ils ont en effet garanti des dettes distinctes, ils sont étrangers les uns aux autres (L. 51, § 2, D., *De fidej.*).

B. Les fidéjusseurs ont dû intervenir pour le même débiteur.

Donnons quelques applications de cette règle. Deux *correï promittendi* fournissent chacun deux fidéjusseurs. Le créancier ne sera pas tenu de diviser ses poursuites entre tous, mais seulement entre ceux qui ont répondu pour le même *correus promittendi*. Ainsi Primus et Secundus interviennent pour Titius, l'un des *correï*, et Tertius, Quartus interviennent pour l'autre débiteur. Le créancier qui poursuit Tertius, par exemple, doit bien diviser son action entre ce dernier et Quartus, mais il ne peut être contraint à la diviser entre Primus et Secundus (L. 51, § 2, D., *De fidej.*).

Que décider dans l'hypothèse suivante : deux *correï promittendi*, Titius et Mævius, ont présenté trois fidéjusseurs, Primus, Secundus, Tertius. Mais, Primus est

intervenir pour les deux *correi*, Secundus et Tertius se sont portés fidéjusseurs pour Mævius seul, par exemple. Le créancier agit en justice; entre quels fidéjusseurs doit-il diviser la dette? S'il poursuit Secundus ou Tertius qui ont cautionné la dette de Mævius seulement, il n'y a pas de difficulté : la division s'opérera entre les trois fidéjusseurs, car tous ont répondu pour Mævius. S'il poursuit au contraire Primus, celui-ci est-il fondé à opposer le bénéfice de division? La question se résout par une distinction. Pour quelle dette le fidéjusseur est-il poursuivi? Est-ce pour la dette de Titius : il doit la payer intégralement, car seul il l'a cautionnée; est-ce au contraire pour la dette de Mævius : il peut faire diviser les actions entre lui et les deux autres fidéjusseurs : tous trois, en effet, ont cautionné la dette de ce dernier.

Notre règle doit être étendue aux certificateurs de caution et aux héritiers des fidéjusseurs.

Certificateurs de caution. — Plusieurs hypothèses doivent être examinées : un fidéjusseur fournit un certificateur (*fidejussor fidejussoris*). Cette hypothèse est simple. Le certificateur ne peut faire diviser la dette entre lui et le fidéjusseur principal, car, à l'égard de ce dernier, il est dans la même situation qu'un fidéjusseur vis-à-vis du débiteur principal. Or, le fidéjusseur poursuivi par le créancier n'a pas le droit d'exiger que l'action du créancier soit divisée entre lui et le débiteur principal.

Une dette est garantie par deux fidéjusseurs, Titius et Mævius. Titius présente un certificateur, Primus, et celui-ci est poursuivi par le créancier. Primus aura les mêmes droits que Titius. En conséquence, il peut opposer le bénéfice de division vis-à-vis du cofidéjussur de celui qu'il a cautionné (L. 27, § 4, D., *De fidej.*).

Un fidéjussur a fourni plusieurs certificateurs. Ceux-ci auront le bénéfice de division : ils se sont en effet obligés pour le même débiteur.

Héritiers. — Plusieurs fidéjusseurs ont répondu de la même dette, et l'un d'eux meurt, laissant plusieurs héritiers. Ceux-ci ont un intérêt à se prévaloir du bénéfice de division (L. 27, § 3, D., *De fidej.*).

C. Il n'est pas nécessaire, avons-nous dit, que les fidéjusseurs se soient obligés sous les mêmes modalités.

Ainsi deux fidéjusseurs se sont obligés, l'un purement et simplement, l'autre à terme ou sous condition. Le fidéjussur, tenu *pure*, a le droit d'invoquer le bénéfice de division. Toutefois, cette division n'est pas définitive. Que le cofidéjussur tenu à terme ou sous condition devienne insolvable avant l'arrivée du terme ou de la condition, ou même que la condition défaille, le créancier, se trouvant en perte, aura le droit de se faire restituer contre le préjudice causé par la division de la dette (L. 27, pr., D., *De fidej.*).

Deuxième condition. — Le bénéfice de division ne

peut être invoqué par le fidéjusseur poursuivi que si ses cofidéjusseurs sont solvables.

En relevant les différences qui existent entre la division de plein droit établie par la loi Furia et le bénéfice de division créé par l'empereur Adrien, nous avons déjà indiqué cette condition à laquelle est subordonné le droit d'invoquer le bénéfice. La loi Furia ne tient aucun compte de l'insolvabilité des *sponsores*; elle divise la dette entre eux, au moment de l'échéance, qu'ils soient solvables ou non. Le créancier, dans ce système, supportera seul l'insolvabilité de ses cautions. Le rescrit d'Adrien respecte mieux les droits du créancier. La division n'aura lieu qu'entre les fidéjusseurs solvables. De la sorte, l'insolvabilité d'un fidéjusseur retombera exclusivement sur les cofidéjusseurs et non sur le créancier.

Deux questions se présentent :

1° A quel moment s'apprécie la solvabilité des fidéjusseurs ?

2° Comment la calcule-t-on ?

Le § 4, Inst., *De fidej.*, nous donne la réponse à la première question : « *Compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere : ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat.* » Ainsi, c'est au moment de la *litis contestatio* qu'il faut se placer pour apprécier la solvabilité des fidéjusseurs. A partir de

ce moment, les insolvabilités qui surviendraient seront à la charge du créancier.

La deuxième question est simple et ne comporte aucun développement. Observons seulement que pour apprécier la solvabilité du fidéjusseur, il y a lieu de tenir compte non seulement du patrimoine de ce fidéjusseur, mais encore de celui de son sous-fidéjusseur (L. 27, § 2, D., *De fidej.*).

Troisième condition. — Le fidéjusseur ne doit pas avoir perdu le bénéfice de division, ou en être privé par la loi.

A. Le fidéjusseur peut perdre le bénéfice de division de deux façons : 1° par la renonciation ; 2° par l'*infirmitas*.

1° *Renonciation.* — La renonciation est expresse ou tacite.

a. *Renonciation expresse.* — Le fidéjusseur peut, avant toute poursuite, déclarer qu'il ne se prévaudra pas du bénéfice de division. Cette renonciation est valable : « Un fidéjusseur, dit la loi 4, § 4, D., II, 11, a le droit de renoncer aux exceptions existant à son profit. » Cette règle, sans doute, n'est pas absolue, mais comme, dans l'espèce, il s'agit d'un intérêt privé, il n'y a aucune raison pour ne pas admettre la validité de cet acte.

b. *Renonciation tacite.* — La renonciation au bénéfice peut s'induire de certaines circonstances précises. Donnons quelques exemples.

Titius et Seia garantissent la dette de Mævius. Titius est poursuivi en paiement par le créancier. Celui-ci est-il tenu de diviser son action? Nullement. Le fidéjusseur Titius est censé avoir renoncé au droit d'invoquer le bénéfice de division, car il doit savoir qu'une femme ne peut intercéder pour autrui (L. 48 pr., D., *De fidej.*).

Autre exemple : Deux fidéjusseurs, l'un majeur, l'autre mineur de vingt-cinq ans, ont répondu de la même dette. Le mineur obtient l'*in integrum restitutio*. Le fidéjusseur majeur doit-il supporter seul toute la dette? La loi 48, § 1, D., *De fidej.*, répond en ces termes à notre question : « *Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit, propter incertum ætatis ac restitutionis* ». Ce texte obscur a reçu plusieurs interprétations.

Cujas (*Comm. in lib. Quæst. Pap.*, t. IV, C. 268) propose l'explication suivante : Le fidéjusseur capable est-il intervenu avant le mineur, il n'a pas droit au bénéfice de division : il n'a pu en effet compter sur l'engagement d'un second fidéjusseur. S'est-il au contraire porté fidéjusseur en même temps que le mineur, il peut invoquer le bénéfice de division, pour le motif indiqué par le texte, *propter incertum ætatis ac restitutionis* : il ignorait l'âge de son cofidéjusseur, et la possibilité d'une restitution.

Cette interprétation est justement critiquée. Le texte ne prévoit qu'une hypothèse, celle où le mineur a cau-

tionné la dette après le fidéjusseur majeur, et Cujas en crée deux. Il traduit ainsi : « On peut demander toute la dette au fidéjusseur majeur, si le mineur est intervenu après lui ; si les deux fidéjusseurs sont intervenus en même temps, le fidéjusseur majeur a le droit d'invoquer le bénéfice (voilà la seconde hypothèse reconstruite par Cujas). De la sorte, le motif que donne la loi se réfère non pas au cas qu'elle prévoit, mais à une hypothèse qui aurait été omise.

Sans insister sur le danger qu'il y a à compléter ainsi un texte du Digeste, nous ferons remarquer que la raison donnée pour la première hypothèse est loin d'être satisfaisante. Le fidéjusseur majeur, dit Cujas, répond seul de la dette, quand le mineur est intervenu après lui, parce qu'il ne devait pas compter sur l'engagement de celui-ci. Mais si cette raison était bonne, il y aurait lieu de la généraliser. Quand un second fidéjusseur capable intervient, logiquement, le bénéfice de division devrait être refusé au premier fidéjusseur qui ne comptait guère, au début, sur l'engagement de ce nouveau fidéjusseur, et cependant la division est admise.

Une deuxième explication est présentée par Godefroy (D., L. 48, § 1, *De fidej., ad notam*). Une seule hypothèse est prévue par le texte. Le fidéjusseur capable n'a pas droit au bénéfice de division, quand le mineur intercede après lui, parce que la fidéjussion du mineur est une chose incertaine et précaire qui ne peut améliorer la situation du majeur.

Que décider, lorsque les fidéjusseurs se sont obligés *simul*? Disons-nous, comme Cujas, qu'il résulte du texte précité, *a contrario*, que le fidéjusseur majeur peut invoquer le bénéfice de division, lorsque, toutefois, il a ignoré que son cofidéjusseur était mineur et pouvait souffrir de son *intercessio*? Nullement. L'argument *a contrario* nous paraît mauvais, dans l'espèce. Il n'a une valeur réelle que lorsqu'il ramène aux principes; or, en matière de *fidejussio*, il est de règle que les fidéjusseurs s'obligent à toute la dette, et répondent de l'insolvabilité de leurs cofidéjusseurs. Cette règle serait violée contre le créancier, si celui-ci devait subir la division de la dette. Quel but a-t-il poursuivi en exigeant deux fidéjusseurs? Assurer le paiement de la dette, se garantir contre le risque de l'insolvabilité ou la restitution de l'un d'eux. L'obliger à diviser la dette, ce serait méconnaître ses volontés, et violer toute justice.

Examinons l'espèce suivante : deux fidéjusseurs, sur la demande du créancier, se sont obligés *in solidum*. Cette circonstance que la clause *in solidum* a été ajoutée dans la formule de la stipulation, entraîne-t-elle renonciation tacite de la part des fidéjusseurs au droit d'invoquer le bénéfice de division? La loi 3 au Code (*De fidej.*) répond négativement : « Le fait d'avoir exprimé dans la stipulation que chaque fidéjusseur serait tenu pour le tout ne change rien à la constitution d'Adrien et aux règles du droit, car, lors même que la

clause *in solidum* n'aurait pas été comprise dans la stipulation, les fidéjusseurs auraient été tenus *pour le tout*, sous réserve du droit accordé aux fidéjusseurs de faire diviser la dette entre eux, s'ils étaient solvables ». En un mot, la clause *in solidum* est inutile ; qu'elle soit exprimée ou non, la situation des fidéjusseurs est toujours la même.

Le paiement doit-il être considéré comme faisant présumer de la part du fidéjusseur la renonciation au bénéfice de division ? Il faut distinguer deux hypothèses : 1° l'un des fidéjusseurs a payé toute la dette ; 2° il a payé sa part.

1° Un des fidéjusseurs a payé toute la dette. Ou le paiement a été fait en connaissance de cause ou il a été fait par erreur. Dans le premier cas, on peut voir dans le paiement une renonciation tacite au bénéfice de division. Mais que décider dans le second cas ? Refusera-t-on au fidéjusseur, qui a payé par erreur toute la dette, le droit de répéter la part qu'il a payée en trop ? Nous avons sur ce point un texte, la loi 49, § 1, D., *De fidej.* Un créancier de 20 a reçu deux fidéjusseurs, Primus et Secundus. Primus meurt, laissant deux héritiers. L'un d'eux paye toute la dette. Il n'est pas douteux qu'il ait le droit de répéter 10. La dette en effet s'est divisée de plein droit entre lui et son cohéritier. Mais ne faut-il pas en outre lui donner le droit de répéter 5 ? L'héritier qui a payé toute la somme due aurait pu, s'il avait été poursuivi par le créancier,

non seulement se dispenser de payer les 10 qu'il ne devait pas *ipso jure*, mais encore, pour les 10 autres qui restent à sa charge, invoquer le rescrit d'Adrien, et demander la division entre lui et le fidéjusseur survivant, Secundus, de sorte qu'il n'aurait payé que 5 ; mais comme il n'a pas opposé le bénéfice de division, il a dûment payé et il n'a pas de *condictio* pour répéter 5. En pareille hypothèse, ce refus de la *condictio* n'est nullement fondé sur une présomption de renonciation tacite au bénéfice de division, mais sur la circonstance qu'il n'y a pas eu paiement de l'indû.

2° Le fidéjusseur a payé sa part. Peut-il opposer le bénéfice de division pour le surplus de la dette ? La loi 51, § 1, D., *De fidej.*, admet l'affirmative. La quantité, en effet, qui doit être divisée entre les fidéjusseurs solvables, c'est celle qui est due par chacun d'eux, au moment de la *litis contestatio*. Ce résultat toutefois est peu équitable : aussi le texte *in fine* accorde-t-il au fidéjusseur poursuivi l'exception de dol contre le créancier assez dur pour persister à répartir avec autant d'inégalité le paiement de la dette entre ses deux garants.

2° *Inficiatio*. — Le fidéjusseur perd tout droit à la division de l'action, quand il nie sa dette : *Inficiantibus auxilium divisionis non est indulgendum*, dit Ulpien (L. 10, § 1, D., *De fidej.*). Mais quelle est l'étendue d'application de cette règle ? Doit-on refuser le béné-

de division à tout fidéjusseur qui a nié la dette, de bonne ou de mauvaise foi?

En général, le fidéjusseur sera de mauvaise foi. Cependant des exemples de bonne foi sont possibles. Ainsi, le créancier poursuit l'héritier du fidéjusseur, et cet héritier ignore que le *de cujus* avait cautionné une dette, ou encore le fidéjusseur croit que le créancier a été payé. Dans ces deux hypothèses, il y a bonne foi. Refusera-t-on à cet héritier, ou à ce fidéjusseur, d'invoquer la division? Nullement. *Inficiari*, c'est, dit Festus, *debitum fraudare*. La mauvaise foi est donc nécessaire chez celui qui nie.

B. Les fidéjusseurs ne doivent pas être privés par la loi du bénéfice de division.

Les fidéjusseurs, privés par la loi du droit d'invoquer le bénéfice de division, sont les fidéjusseurs des tuteurs (L. 12, D., XLVI, 6).

Quel peut être le motif de cette dérogation? Le pupille, a-t-on dit, n'a pas choisi lui-même les fidéjusseurs, *incidit in tutorem et ignorat omnia*, nous dit Papinien; il importe de lui maintenir le droit d'agir pour le tout contre l'un quelconque d'entre eux, sans être tenu d'ouvrir plusieurs instances.

Le fidéjusseur, poursuivi par le pupille, devra donc désintéresser intégralement celui-ci. Toutefois s'il ne lui est pas permis de demander la division de la dette, il pourra toujours obtenir la cession des actions.

La loi 7, D., XXVII, 7, semble contredire la loi 12.

Elle s'exprime ainsi : « *Si fidejussores, qui rem salvam fore pupillo caverant, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierant, atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros, quod ab eo servari non potuisset : placuit inter eos qui solvendo essent, actionem residui dividi : quod onus fidejussorum susceptum videretur : nam et si mandato plurimum pecunia credatur, æque dividitur actio : si enim quod dato pro alio, solvitur, cur species actionis æquitatem divisionis excludit? »* Aussi les fidéjusseurs, d'après ce texte, ont le droit d'invoquer le bénéfice de division. Y a-t-il contradiction ? La contradiction entre les deux textes n'est qu'apparente. A vrai dire, les espèces qu'ils prévoient ne sont pas les mêmes. La loi 12 met en présence du pupille les fidéjusseurs *du tuteur*, et, à ce titre, ceux-ci n'ont pas le bénéfice de division. La loi 7, au contraire, nous parle de fidéjusseurs ordinaires. Indiquons l'espèce prévue. L'ex-pupille poursuit les fidéjusseurs qui avaient garanti la bonne administration du tuteur. Si l'action intentée par l'ex-pupille suivait son cours, il n'est pas douteux que le bénéfice de division serait refusé aux fidéjusseurs. Mais les choses ne se passent pas ainsi : Les fidéjusseurs obtiennent de l'ex-pupille qu'il poursuivra d'abord le tuteur, lui promettant de l'indemniser, s'il ne recouvre pas intégralement ce qui lui est dû. L'ex-pupille accepte l'offre qui lui est faite par les fidéjusseurs, et il stipule toute la somme qu'il ne pourra pas obtenir du tuteur. On suppose ensuite que l'ex-pupille a poursuivi

inutilement le tuteur ; il se retourne contre les fidéjusseurs ; ceux-ci demandent la division et l'obtiennent. Cette hypothèse, comme on le voit , diffère beaucoup de la précédente. Les fidéjusseurs, grâce à l'accord intervenu, ne sont plus fidéjusseurs du tuteur ; leur obligation *salvam rem pupilli fore* a disparu pour faire place à une autre dette, également contractée *verbis*, mais nouvelle dette ayant pour objet la réparation du préjudice que pourrait causer à l'ex-pupille la poursuite dirigée par lui contre le tuteur.

SECTION II

COMMENT LE BÉNÉFICE DE DIVISION EST-IL INVOQUÉ ?

Les fidéjusseurs, avons-nous dit, s'obligent chacun pour le tout, *in solidum tenentur* (Gaius). Le créancier a donc le droit de demander toute la dette à l'un quelconque des fidéjusseurs, sans commettre une *plus petitio*.

Comment le fidéjusseur poursuivi se prévaudra-t-il du bénéfice de division ? Il devra faire insérer dans la formule une exception, *l'exceptio si non et illi solvendo sint*. C'est en effet par cette voie seulement que la division de la dette peut se faire entre les fidéjusseurs.

Nous venons de dire que le fidéjusseur doit veiller à

faire insérer l'exception dans la formule. Il serait en effet fatalement condamné à payer toute la dette, s'il négligeait cette formalité. L'action exercée par le créancier est de droit strict. Or, en pareil cas, le juge ne peut juger que conformément au droit civil; il lui est interdit de statuer sur des questions qui ne seraient pas posées dans la formule.

A quel moment le bénéfice de division doit-il être demandé ?

Nous répondons sans hésiter que l'exception doit être insérée dans la formule avant la *litis contestatio*. Sur la foi d'un texte (L. 10, § 1, C., *De fidej.*), quelques commentateurs anciens, Doneau et Pothier notamment, ont cru que le fidéjusseur peut invoquer le bénéfice tant que le juge n'a pas rendu sa sentence : « *ante condemnationem ex ordine postulari solet* », dit le texte précité. Mais c'est là une erreur. Les expressions du texte, *ante condemnationem*, ne signifient pas que l'action doit être divisée avant la condamnation; ils veulent dire que l'exception figurera dans la formule, avant la *condemnatio*, c'est-à-dire avant cette partie de la formule par laquelle le magistrat donne au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre. Tel était souvent le sens du mot *condemnatio*, ainsi que nous l'apprend Gaius (C. IV, § 43).

L'exception *si non et illi solvendo sint* étant opposée par le fidéjusseur, *in jure*, devant le magistrat, il y a lieu de passer en revue trois hypothèses.

1° Les cofidėjusseurs entre lesquels le fidėjusseur poursuivi veut faire diviser la dette sont notoirement insolubles.

2° Ils sont solvables ou réputés tels.

3° Leur solvabilité est douteuse.

Première hypothèse. — L'insolvabilité est certaine. Que fera le magistrat ? Il délivrera une formule *in solidum*, contre le fidėjusseur, et, si celui-ci demande que l'exception *si non et illi solvendo sint* soit insérée, il la lui refusera.

Deuxième hypothèse. — Les cofidėjusseurs sont solvables ou réputés tels. Alors, de deux choses l'une : ou le créancier consent de lui-même à diviser les poursuites, ou il refuse de les diviser, auquel cas le magistrat, convaincu de la solvabilité des cofidėjusseurs, ne donnera au créancier qu'une action, *pro parte*, pour la part du fidėjusseur poursuivi. Cette division aura pour résultat de mettre à la charge du créancier toutes les insolabilités qui pourraient se produire dans la suite (L. 51, § 4, D., *De fidej.*). Ce dernier texte fait remarquer que ce résultat ne sera pas modifié par la circonstance que le créancier serait mineur de vingt-cinq ans. Toute *restitutio in integrum* lui sera refusée ; il ne peut se dire lésé, car, en subissant la division des poursuites, il n'a fait que se conformer au droit commun.

On peut supposer que la division des poursuites a eu lieu par erreur. Les cofidėjusseurs passent pour

être solvables ; en réalité ils ne le sont pas. La division sera-t-elle définitive ? Sur qui retombera l'insolvabilité de ces fidéjusseurs ? Est-ce sur le créancier, est-ce sur le fidéjusseur poursuivi ? Il y a lieu de faire une distinction : l'insolvabilité est antérieure, ou elle est postérieure à la *litis contestatio*.

1° L'insolvabilité n'est survenue qu'après la *litis contestatio*. Elle demeure à la charge du créancier (L. 51, § 4 ; L. 52, § 1, D., *De fidej.*). La première loi suppose que, tous les fidéjusseurs étant solvables lors de la *litis contestatio*, la division a été faite ; puis l'un des fidéjusseurs devient insolvable. Cette insolvabilité est définitivement à la charge du créancier, et cette solution, comme nous venons de le voir, est la même lorsque le créancier est mineur de vingt-cinq ans.

La loi 52, § 1, prévoit le cas où le fidéjusseur ne devient insolvable qu'après sa condamnation. Le texte nous dit que le pupille supporte seul cette insolvabilité. Toutefois, un recours lui est accordé contre son tuteur, s'il y a eu mauvaise foi ou négligence de la part de celui-ci.

2° L'insolvabilité existait déjà au moment de la *litis contestatio*. Une distinction doit être faite : ou le créancier a volontairement divisé son action, ou il ne l'a divisée que sur la demande du fidéjusseur.

Dans la première hypothèse, c'est lui qui supporte l'insolvabilité des fidéjusseurs (L. 16, C., *De fidej.*). La loi 52, § 1 (*in fine*), toutefois, réserve au créancier

pupille le secours de l'*in integrum restitutio* : « *quod si divisam actionem inter eos qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.* »

Dans la seconde hypothèse, aucune faute ne pouvant être reprochée au créancier, la division n'est pas définitive ; l'insolvabilité doit retomber sur les fidéjusseurs solvables.

Troisième hypothèse. — La solvabilité des cofidéjusseurs est douteuse. Le magistrat, en pareil cas, à la demande du fidéjusseur poursuivi, insérera dans la formule l'exception *si non et illi solvendo sint* ; toutefois, les choses ne se passent pas nécessairement ainsi. La pratique imagina un détour à l'aide duquel le fidéjusseur peut échapper à une poursuite *in solidum*. Il dit au créancier : « Divisez vos poursuites entre nous tous, et si ce partage vous cause un préjudice, je le réparerai. » Le créancier doit accepter le mandat qui lui est donné, si les fidéjusseurs sont présents, et si la promesse de réparer le préjudice résultant de la division des actions est garantie par une caution. Mais ce moyen n'est pas toujours possible ; les cofidéjusseurs peuvent n'être pas présents. La poursuite alors aura lieu *in solidum*.

L'exception *si non et illi solvendo sint* étant insérée, que se passera-t-il ? De deux choses l'une : ou le fidéjusseur ne peut établir la solvabilité de ses cofidéjusseurs, ou il l'établit.

1° Il ne peut l'établir. — Le juge le condamnera pour le tout. Quant aux autres fidéjusseurs, ils seront libérés par l'effet de la *litis contestatio*.

2° Il peut l'établir. — Deux questions se présentent :

Première question. — Quelle sera la sentence du juge? Sera-ce une sentence d'absolution ou une sentence de condamnation? D'après certains auteurs, le fidéjusseur devrait être absous. L'exception, en effet, est une condition négative mise à la condamnation. Or, dans l'espèce, la condition est défaillie, donc la condamnation est impossible.

Deuxième question. — Le créancier, payé seulement d'une partie de la dette par le fidéjusseur condamné, pourra-t-il se retourner contre les autres fidéjusseurs et demander le surplus ou ne le pourra-t-il pas? La raison de douter apparaît facilement. Le créancier a déduit en justice tout son droit, et il est de principe qu'une créance ne donne lieu qu'à une seule action. Logiquement, les autres fidéjusseurs, le débiteur principal même, doivent être libérés. Ce résultat blesse l'équité, d'autant plus que le créancier était sans doute de bonne foi, en refusant de croire à la solvabilité des cofidéjusseurs de celui qu'il poursuivait.

M. Accarias pense qu'une *præscriptio a parte actoris*, restreignant l'étendue de la *deductio in judicium*, permettait au créancier de recourir contre les autres débiteurs, au cas où il se serait trompé sur cette question de solvabilité.

CHAPITRE IV

DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION

Le bénéfice de discussion, nommé aussi bénéfice d'ordre, est le droit accordé au fidéjusseur poursuivi de renvoyer le créancier discuter d'abord le débiteur principal. Grâce à ce bénéfice, les fidéjusseurs peuvent exiger que le créancier poursuive d'abord le débiteur, et ne les oblige ainsi à payer que ce que celui-ci n'aurait pu payer lui-même.

Nous examinerons dans deux sections distinctes la législation antérieure à Justinien, et la législation de l'époque postérieure à la promulgation de la Nouvelle IV.

SECTION PREMIÈRE

LÉGISLATION ANTÉRIEURE A JUSTINIEN

Avant Justinien, le créancier peut, à son choix, demander toute la dette, soit au débiteur principal, soit au débiteur accessoire, le fidéjusseur. Il semble

cependant que ce dernier, en sa qualité de débiteur accessoire, répondant d'une dette qui n'est pas la sienne, ne devrait pas être poursuivi par le créancier avant le débiteur principal. Il n'en est pas ainsi. Le fidéjusseur s'est obligé *verbis* envers le créancier; il est tenu envers lui avec la même énergie que le débiteur principal.

Le créancier est donc libre de choisir entre ses deux débiteurs; mais dès qu'il a poursuivi l'un des obligés, il perd le droit d'agir contre l'autre. Cela tient à ce que fidéjusseur et débiteur principal sont tenus de la même dette, et à une seule dette ne peut être attachée qu'une seule action.

Cette législation présente deux inconvénients; d'une part, elle prive le créancier des garanties qu'il a stipulées. Deux débiteurs se sont personnellement obligés envers lui, et un seul, en définitive, celui qui aura été choisi, sera tenu de la dette. D'autre part, le fidéjusseur, qui n'est nullement intéressé dans la dette, peut être obligé, dans l'hypothèse où le débiteur principal est solvable, de faire une avance de fonds. Le créancier n'est pas tenu, en effet, de discuter d'abord le débiteur principal; or, c'est là un résultat peu équitable. Pourquoi ne pas astreindre le créancier à s'adresser d'abord à celui qui doit, en définitive, supporter seul toute la dette?

Ces deux inconvénients ne disparurent légalement que sous Justinien. La Constitution de l'an 531 (L. 28,

C., *De fidej.*) consacre l'abolition de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, et la Novelle IV, de l'an 535, établit le bénéfice de discussion. Mais la pratique romaine, si fertile en expédients de toutes sortes, n'avait pas attendu la double réforme de Justinien pour enlever aux règles de la *fidejussio* ce qu'elles avaient de trop rigoureux pour le créancier et le fidéjusseur. Trois moyens furent imaginés dans ce but : 1° Un pacte par lequel le fidéjusseur déclarait renoncer à l'effet extinctif de la *litis contestatio*, ce premier moyen, toutefois, établi dans l'intérêt exclusif du créancier ; 2° un mandat donné par le fidéjusseur au créancier de poursuivre d'abord le débiteur principal ; 3° la *fidejussio indemnitatis*.

1° *Pacte*. — Au moment où le fidéjusseur s'engage, le créancier lui fait promettre, par pacte, qu'il n'invoquera pas l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Comme on le voit, ce pacte est exclusivement dans l'intérêt du créancier. Celui-ci peut, en effet, poursuivre successivement le débiteur principal et le fidéjusseur ; il a ainsi un double recours assuré, mais le fidéjusseur n'est nullement certain que le créancier s'adressera de préférence au débiteur principal.

Ce pacte, dont il est fait mention dans les lois 5, 19, 28, au Code (*De fidej.*), est sans doute postérieur à l'abolition du système formulaire. Le formalisme romain en rendait l'application difficile. En tout cas, il n'a pu s'établir qu'après que l'on eut admis la vali-

dité des pactes adjoints *in continenti* à une stipulation.

2° *Mandat*. — Le créancier, avons-nous dit, a le droit de s'adresser soit au débiteur principal, soit au fidéjusseur. Supposons qu'il poursuive ce dernier : le fidéjusseur sera tenu de payer ; la condamnation est, en effet, certaine, et le débiteur est peut-être solvable. Le fidéjusseur a-t-il un moyen d'éviter une avance de fonds ? Le bénéfice de discussion n'existe pas encore, mais le fidéjusseur a une ressource ; il peut faire au créancier la proposition suivante : « Je vous donne mandat de poursuivre d'abord le débiteur principal ; je vous indemniserai, si vous n'êtes pas intégralement payé par lui ». Sans doute le créancier n'est pas obligé d'accepter l'offre qui lui est faite, mais il peut avoir intérêt à ne pas la refuser. A-t-il, en effet, des doutes soit sur l'excellence du choix qu'il a fait, en poursuivant le fidéjusseur, soit sur la solvabilité de ses débiteurs, il agira au mieux de ses intérêts en actionnant d'abord le débiteur principal, sur le mandat du fidéjusseur, car il se réserve, dans l'hypothèse où le débiteur principal ne le payerait pas, ou ne le payerait qu'en partie, un recours par l'action *mandati contraria* contre le fidéjusseur. Celui-ci est bien libéré de sa première obligation, mais il ne l'est pas de la seconde. Comme mandant, il a pris l'engagement d'indemniser le créancier, son mandataire, de tout le préjudice que peut lui causer l'extension du mandat, et cet engagement subsiste

malgré la poursuite dirigée contre le débiteur principal, son objet, à savoir la réparation du préjudice causé, étant bien différent de celui de la dette du débiteur principal. Grâce à ce mandat, chaque partie échappe aux conséquences rigoureuses de la *fidejussio* : le créancier ne souffre plus de l'effet extinctif de la *litis contestatio*, et le fidéjusseur évite peut-être une avance de fonds.

Ce procédé est simple, ingénieux. Toutefois, il présente quelques inconvénients : le fidéjusseur doit avoir l'initiative du mandat, et l'agrément du créancier est nécessaire. A ce double point de vue, le troisième moyen imaginé, en pratique, comme remède aux règles de la *fidejussio*, à savoir la *fidejussio indemnitis*, est bien préférable.

3° *Fidejussio indemnitis*. — Les parties contractent en ces termes : « *Quanto minus a Titio (reo principali) consecutus fuero, tantum dare spondes?* »

Il est facile de comprendre la supériorité que présente sur le mandat ce nouvel expédient. Dès la formation du contrat, en effet, chaque partie a une situation bien déterminée. Le fidéjusseur, débiteur conditionnel, ne pourra être poursuivi par le créancier qu'après le débiteur principal. Que doit-il? Ce que le débiteur ne paiera pas. Il est donc nécessaire de discuter préalablement les biens du débiteur principal. Celui-ci est-il solvable, désintéresse-t-il son créancier, la condition à laquelle est subordonnée l'obligation de la caution ne

se réalisant pas, le fidéjusseur ne doit rien. Dans le cas contraire, la dette du fidéjusseur prendra naissance et son *quantum* sera égal à toute la somme que le débiteur principal n'a pu payer.

Quant au créancier, il a désormais deux débiteurs au lieu d'un ; il sait que si le débiteur principal n'exécute pas son obligation, ou ne l'exécute qu'en partie, il pourra s'adresser à la caution. Car, en poursuivant le débiteur principal, il ne porte pas atteinte au droit qu'il peut avoir contre le fidéjusseur, la dette de ce dernier n'existant, à vrai dire, que si les poursuites restent infructueuses.

Le *fidejussor indemnitis*, disons-nous, est un débiteur conditionnel ; il n'est pas libéré par les poursuites exercées par le créancier contre le débiteur principal, parce que son obligation est conditionnelle. C'est ce que nous dit le jurisconsulte Paul (L. 116, D., XLV, 1). Celsus, toutefois, voit ici un fidéjusseur ordinaire. Sans doute, comme Paul, il admet que les poursuites exercées contre le débiteur ne le libèrent pas, mais pour quelle raison ? « Le fidéjusseur, dit-il, ne sera pas libéré parce que ce serait contraire à l'intention du créancier ; et en effet, s'il en était autrement, à quoi lui servirait la précaution qu'il a eue de prendre un *fidejussor indemnitis* : « *alioquin nequicquam creditori cavetur ?* » (L. 42, D., XII).

Cette divergence de vues entre Paul et Celsus, sur la nature de l'obligation du *fidejussor indemnitis*, est

en somme sans intérêt, car ils sont d'accord sur la solution.

Le *fidejussor indemnitis*, en outre, ne peut être poursuivi qu'après le débiteur principal. Paul le dit formellement : « *Mævio ante Titium excussum non recte petetur.* » Celsus, au contraire, à la loi 42, pr., D., XII, 1, enseigne que le créancier peut tout d'abord s'adresser au *fidejussor indemnitis*. Il s'exprime ainsi : « J'ai stipulé 10 de Titius, puis j'ai stipulé de Seius *quanto minus a Titio consequi possim*, etc..... Si je poursuis d'abord Seius, il est tenu pour la partie de la dette que Titius ne peut pas me payer au moment de la poursuite. »

Ainsi Celsus permet au créancier de poursuivre d'abord le *fidejussor indemnitis*. Paul, au contraire, voyant dans notre *fidejussor indemnitis* un débiteur conditionnel, refuse toute action contre lui, tant que le débiteur principal n'a pas été discuté. Toutefois n'exagérons pas l'importance de cette divergence. Comme nous allons le voir, nos deux jurisconsultes sont d'accord sur le point suivant : la nécessité d'une discussion préalable des biens du débiteur principal ; ils ne diffèrent que sur la procédure à suivre. Selon Celsus, le créancier peut poursuivre le fidéjusseur. Mais que doit celui-ci ? toute la somme que le créancier ne pourra obtenir du débiteur principal. Cette somme est incertaine au moment où le procès est engagé. Aussi une formule *incerta* est-elle délivrée. Examinons les pou-

voirs du juge. Il devra condamner le fidéjusseur ou l'absoudre, selon que le débiteur principal sera ou non en mesure d'acquitter la dette. Or, le juge ne peut statuer en connaissance de cause que si préalablement les biens du débiteur ont été discutés. Celui-ci est-il solvable, le fidéjusseur sera absous. Dans le cas contraire, il sera condamné à payer dans la mesure de l'insolvabilité du débiteur discuté.

Nous préférons dire, avec Paul, que le *fidejussor indemnitis*, débiteur conditionnel, ne peut être poursuivi, tant que la discussion des biens du débiteur principal n'a pas été faite. Le créancier agirait-il, le magistrat ne délivrerait pas de formule. En effet, l'obligation du fidéjusseur est subordonnée à une condition qui fait encore défaut, à savoir l'insolvabilité établie du débiteur principal. Il n'y a donc pas lieu d'accorder une action.

SECTION II

LÉGISLATION DE JUSTINIEN

Pour donner à la *fidejussio* sa forme définitive, il restait deux réformes à accomplir : faire cesser l'effet extinctif de la *litis contestatio*, et créer le bénéfice de discussion.

La première est indiquée à la loi 28 au Code (*De*

fidej.). Par cette Constitution, rendue en l'an 531, Justinien vint détruire le seul obstacle qui s'opposait à la création du bénéfice de discussion, l'effet libératoire de la *litis contestatio*, et décréta qu'à l'avenir on appliquerait aux fidéjusseurs la règle en vigueur depuis longtemps pour les *mandatores*, et que le fidéjusseur ne serait plus libéré par les poursuites exercées contre le *reus*, pas plus que le *reus* ne serait libéré par les poursuites exercées contre le fidéjusseur. Les voies étaient préparées, et moins de quatre ans après, la seconde réforme fut établie par la Novelle IV (préface et ch. 1^{er}).

Le bénéfice de discussion est-il bien, dans la législation romaine, une innovation due à Justinien ? Non ; il existait déjà au profit des fidéjusseurs des débiteurs du fisc (L. 4, C., IV, 15) ; Justinien aurait donc simplement généralisé ce bénéfice, en l'accordant à tout fidéjusseur.

On a toutefois essayé d'établir que le bénéfice de discussion avait existé dans le très ancien droit romain. On s'est appuyé sur les mots *antiqua lex* qui figurent dans la préface de la Novelle IV. Quelle est cette *antiqua lex* dont parle Justinien ? Cujas croit que l'empereur fait allusion à une disposition de la loi des Douze Tables : « *Vetustissima enim est, dit-il, et fortitan XII Tabularum.* » Mais comment se fait-il, si la loi des Douze Tables mentionnait le bénéfice de discus-

sion, que les jurisconsultes romains antérieurs à Justinien l'aient passé sous silence?

D'autres jurisconsultes, M. Troplong notamment (*Com. du Code civil, Caut.*), ont soutenu que le bénéfice de discussion avait existé à Rome jusqu'au règne d'Alexandre Sévère. Mais alors, il est étrange que Gaius ne nous fournisse sur ce point aucun renseignement. Cette *antiqua lex* sera peut-être une éternelle énigme.

Il faut nous demander : par qui le bénéfice de discussion peut être invoqué; comment et sous quelles conditions le bénéfice est invoqué; quels sont les effets du bénéfice de discussion.

§ 1. *Quelles personnes peuvent invoquer le bénéfice de discussion?*

Le bénéfice peut être invoqué par toute caution, quelle que soit la forme en laquelle elle s'est obligée, fidéjussion, mandat ou constitut. La Nouvelle IV cependant semble réserver ce droit aux *sponsores* seuls. Mais il est impossible de donner à cette dernière expression le sens qu'elle avait primitivement. La *sponsio* était depuis longtemps tombée en désuétude, et l'on ne peut admettre que Justinien ait eu l'idée de la faire revivre. C'est à tort que ce terme *sponsores* a

été inséré au texte, il traduit mal le mot grec correspondant. Il y a lieu plutôt de lui substituer les expressions : *duo rei constituendæ pecuniæ*.

Toute caution, disons-nous, peut demander la discussion préalable. Cependant, il y a deux exceptions :

1° Les *argentarii* sont privés du droit d'invoquer le bénéfice de discussion. Pour quel motif la Novelle IV leur avait-elle refusé cette faveur ? Leur intervention dans les affaires d'autrui, disait-on, n'était pas gratuite ; les services qu'ils rendaient, sans doute, étaient nombreux, importants, mais toujours sous des conditions fort onéreuses pour les personnes qui bénéficiaient de ces services. Aussi leur corporation était-elle vue avec défaveur.

Placés en dehors du droit commun, les *argentarii* protestèrent contre la situation défavorable que leur faisait la Novelle. Les cautions de leurs débiteurs, disaient-ils, pouvaient invoquer contre eux le bénéfice de discussion, et, quand ils cautionnaient les dettes de leurs clients, ils se voyaient refuser ce bénéfice. L'équité exigeait ou que le droit d'invoquer la Novelle leur fût accordé, ou que, si cette faveur leur était refusée, la Novelle n'eût pas d'effet contre eux.

Ces réclamations, malgré leur justesse, n'eurent pas le résultat que désiraient les *argentarii*. Justinien, en effet, ne leur permit pas d'invoquer la Novelle, et il refusa d'admettre qu'elle ne leur fût pas applicable. Toutefois, l'an 551, il rendit une Constitution qui forme

la Novelle CXXXVI, par laquelle il leur permit de demander, comme créanciers, aux cautions, la renonciation au bénéfice de discussion (Nov. CXXXVI, cap. 1).

Cette concession accordée aux *argentarii* eut pour effet d'enlever au bénéfice de discussion toute son utilité pratique. Les créanciers ordinaires imitèrent les *argentarii*. Au moment du contrat, ils stipulèrent la renonciation au bénéfice comme condition même du crédit accordé. C'est là l'origine de la renonciation au bénéfice de discussion, si fréquente dans l'ancien droit français, et qui, dans le droit moderne, est devenue de style.

2° La deuxième exception se présente dans l'hypothèse où le débiteur principal n'est tenu que d'une obligation naturelle. Le créancier, en obtenant une caution, a voulu surtout être garanti contre la nullité de l'obligation principale. Admettre le bénéfice, ce serait méconnaître ses intentions et rendre le cautionnement inutile.

§ 2. *Comment et sous quelles conditions le bénéfice est-il invoqué?*

Le bénéfice de discussion n'a pas transformé, comme on pourrait le croire, l'obligation de la caution en une

obligation conditionnelle. Le créancier ne fait qu'user de son droit en la poursuivant. La caution a seulement la faculté d'exiger que préalablement les biens du débiteur principal soient vendus; peut-être ces biens auront-ils assez de valeur pour désintéresser le créancier.

C'est par voie d'exception que la caution invoque le bénéfice de discussion, et non par une défense au fond; car, comme nous venons de le dire, l'obligation de la caution n'étant nullement conditionnelle, le débiteur ne nie pas sa dette, mais demande, à vrai dire, un délai passé lequel le créancier, s'il n'est pas intégralement désintéressé, pourra alors utilement actionner la caution. En conséquence, le bénéfice de discussion doit être opposé *in limine litis*.

Il est indispensable que le débiteur principal soit présent. En droit romain, on ne connaît pas les jugements par défaut. Dès lors, si le débiteur principal est absent, l'instance suivra son cours. La Nouvelle toutefois reconnaît à la caution le droit de demander un délai pour faire comparaître le débiteur principal, passé lequel la poursuite ne pourra plus être suspendue.

§ 3. *Effets du bénéfice de discussion.*

Le bénéfice a pour effet de contraindre le créancier à faire vendre les biens du débiteur principal. Celui-ci

est-il solvable, le fidéjusseur est libéré; dans le cas contraire, il est tenu de payer le créancier.

On peut supposer que, au moment où le bénéfice est invoqué, le débiteur principal est solvable, mais cesse de l'être postérieurement. Le créancier a négligé de poursuivre la vente des biens, puis le débiteur tombe en déconfiture. Qui supportera l'insolvabilité du débiteur principal? Est-ce le fidéjusseur, est-ce le créancier coupable de n'avoir pas fait vendre les biens du débiteur, alors que celui-ci était solvable? Il n'existe sur ce point aucun texte précis. On admet néanmoins que les conséquences de l'insolvabilité du débiteur principal étaient supportées par le créancier.

On peut se demander si, du temps de Justinien, la *fidejussio indemnitis* avait perdu toute son utilité. Nous ne le pensons pas. Elle présente de l'utilité dans le cas où le débiteur principal est devenu insolvable après l'échéance.

S'agit-il de la *fidejussio indemnitis*, l'insolvabilité du débiteur principal qui pouvait survenir après l'échéance sera supportée par le créancier seul, car il est coupable de n'avoir pas poursuivi le débiteur. Qu'a promis le fidéjusseur? Tout ce que le créancier ne pourra recouvrer du débiteur principal (L. 41, pr., D., *De fidej.*). C'est au créancier à agir pour déterminer la mesure de l'obligation du *fidejussor indemnitis*. S'il ne poursuit pas, il supportera seul les conséquences de sa négligence. Au contraire, s'agit-il du bénéfice de

discussion, le créancier ne prendra pas à sa charge le risque de l'insolvabilité du débiteur principal. A l'échéance, il s'abstient d'agir; puis le débiteur principal devient insolvable : le créancier peut poursuivre le fidéjusseur. Ce dernier n'a nullement le droit de dire : « Vous avez laissé le débiteur devenir insolvable ; pourquoi ne l'avez-vous pas poursuivi plus tôt? Vous êtes en faute ». Le créancier peut répondre : « J'ai deux débiteurs, le débiteur principal et vous ; vous êtes tenu avec la même énergie que le débiteur principal, j'use de mon droit en vous demandant la dette. Vous pouvez, il est vrai, invoquer le bénéfice de discussion, invoquez-le ; je discuterai d'abord les biens du débiteur principal et alors seulement je commencerai à être responsable de ma négligence. C'était à vous à me payer à l'échéance. Comme le débiteur était solvable à ce moment, vous auriez recouvré intégralement vos déboursés ».

La question toutefois était controversée.

APPENDICE

APPLICATION AU « MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ » ET
AU CONSTITUT DES BÉNÉFICES DE CESSION D'ACTIONS, DE
DIVISION ET DE DISCUSSION.

I. APPLICATION DU BÉNÉFICE DE CESSION D'ACTIONS

A. *Mandatum pecuniæ credendæ*. — Cette forme de cautionnement est postérieure à la *fidejussio*. Les avantages pratiques qu'elle présentait l'avaient rendue très populaire à Rome.

Indiquons brièvement les causes de cette popularité.

Au cours de cette étude, nous avons dit que le créancier, avant Justinien toutefois, n'avait pas deux actions à exercer successivement contre ses obligés, le débiteur principal et le *fidejusseur*. A vrai dire, il n'en avait qu'une. Agissait-il en justice contre l'un de ses débiteurs, il perdait son recours contre l'autre. Tel était le droit romain : à une seule créance était attachée une seule action.

Cette législation, qui avait pour but de rendre les procès plus rares, pouvait être préjudiciable aux intérêts du créancier. Celui-ci, en effet, ayant à choisir entre le fidéjusseur et le débiteur principal, était exposé à poursuivre le débiteur le moins solvable. Le *mandatum pecuniæ credendæ* remédia à cette situation. Le créancier, avant de consentir le prêt au futur débiteur, se faisait donner mandat par un tiers, *mandator*, de prêter au sollicitateur (*credere pecuniam*). Grâce à ce mandat, le créancier, dans l'hypothèse d'un recours inutile contre le débiteur principal, pouvait au moins poursuivre le *mandator* qui, au fond, était un débiteur accessoire. Il le pouvait, car il avait désormais deux actions sanctionnant deux dettes différentes quant à leur objet. Le débiteur principal devait une somme déterminée, tandis que le débiteur accessoire, le *mandator*, était tenu de réparer le préjudice que pouvait causer au créancier l'exécution du mandat.

Supposons que le créancier ait reçu un mandat de cette nature. Nous avons à rechercher si le *mandator pecuniæ credendæ* avait le droit d'invoquer le bénéfice de cession d'actions.

Le *mandator*, étant un débiteur accessoire, méritait les mêmes tempéraments que le fidéjusseur. Il jouissait donc du bénéfice de cession d'actions, même d'une façon bien plus large que le fidéjusseur. Nous nous rendrons aisément compte de cette remarque, en relevant les différences qui existaient entre la

fidejussio et le *mandatum pecuniæ credendæ*, au point de vue du bénéfice de cession d'actions.

Elles ont trait au mode d'exercice du bénéfice de cession, à l'époque à laquelle les actions doivent être demandées, et à l'état dans lequel elles sont cédées.

1° *Mode d'exercice du bénéfice*. — Nous avons vu que le fidéjusseur poursuivi par le créancier n'avait qu'une seule ressource : faire insérer l'exception de dol dans la formule. Négligeait-il de le faire, il était fatalement condamné à payer la dette au créancier, sans pouvoir obtenir de celui-ci les actions qui auraient peut-être assuré son recours. Le *mandator pecuniæ credendæ* était mieux traité que le fidéjusseur. Comme il était poursuivi par une action de bonne foi, l'*action mandati contraria*, il pouvait, en tout état de cause, réclamer la cession des actions. Il avait même le droit, par l'*action mandati directa*, de prendre les devants, et d'exiger du créancier la cession.

2° *Epoque à laquelle la cession est demandée*. — Le fidéjusseur, nous l'avons vu, devait demander la cession avant d'avoir payé le créancier. Le paiement faisant tomber la dette et les accessoires de la dette, hypothèques, etc., le fidéjusseur réclamerait vainement la cession des actions au créancier. Celui-ci ne pouvait rien céder, il avait perdu tous ses droits en recevant le paiement de la dette. Le *mandator pecuniæ credendæ*, au contraire, peut, même après avoir payé le créancier, exiger la cession des actions. Cela tient à ce que

le *mandator*, en payant, a éteint seulement sa dette, et non celle du débiteur principal. Les obligations contractées par eux, nous l'avons déjà dit, diffèrent quant à leur objet. Le payement de l'une n'empêche pas l'autre de subsister. Sans doute, le créancier ne pourra pas exercer les actions qu'il a conservées ; une exception de dol le repousserait, mais il pourra toujours les céder au *mandator*, et, au besoin, il peut y être contraint par l'action *mandati directa*, qui est de bonne foi.

3° *Etat dans lequel les actions doivent être cédées.* — Le créancier est-il tenu, sous peine de perdre tout recours contre les cautions, de conserver les sûretés attachées à sa créance ?

Nous avons déjà examiné cette question, relativement au fidéjusseur, et nous avons décidé que, la fidéjussion étant un contrat unilatéral, le créancier était libre de conserver ou de diminuer les garanties de payement qu'il pouvait avoir. Il doit céder au fidéjusseur les actions qu'il a en son pouvoir, le jour du payement ; là est toute son obligation. Il n'en sera pas de même du *mandatum pecuniæ credendæ*. Le mandat intervenu entre le créancier et le débiteur accessoire est un contrat de bonne foi. Or la bonne foi exige que le créancier veille aux intérêts de son mandant. A-t-il volontairement perdu les garanties attachées à sa créance, il demeurera responsable envers la caution du tort qu'il lui a volontairement causé. A cet effet, la loi 95, § 11, D., XLVI, 3, s'exprime ainsi : « Si un créancier agissant contre le

débiteur principal a succombé dans l'instance par sa faute, il est juste de dire qu'il ne peut rien obtenir par l'action de mandat. »

Cette dernière loi a soulevé une difficulté. Quelle est l'hypothèse en vue de laquelle le texte a été écrit?

Un savant romaniste, M. Pellat, a dit que le créancier avait succombé dans l'instance, par suite d'une *plus petitio*.

Cette explication est difficile à admettre. Le créancier ne peut être privé de son recours contre la caution qu'autant qu'il lui cause un préjudice. Or, en pareil cas, on n'aperçoit pas le tort qui est fait au *mandator*. Celui-ci n'a-t-il pas le droit d'agir contre le débiteur principal, de son chef, soit par l'action *mandati contraria*, soit par l'action *negotiorum gestorum*. Si on soutient avec Cujas que le *mandator* n'a aucun recours, l'explication ci-dessus devient admissible. Mais nous ne pouvons accepter que le *mandator* n'ait aucune action personnelle.

L'hypothèse donnée par M. Pellat étant rejetée, M. Labbé (*Cours de Pandectes*) propose l'espèce suivante : le créancier a reçu une hypothèque sur un bien déterminé du débiteur ; il exerce l'action hypothécaire et il commet une *plus petitio*, en prétendant qu'il a une hypothèque générale. Mais ici une question se pose : dans les actions hypothécaires, la *plus petitio* est-elle possible ? Elle est possible dans toutes les actions *in rem* qui ont presque toutes une *intentio certa* (Gaius,

IV, § 54). Elle peut avoir lieu dans les actions *in factum* (Gaius, IV, § 60). Or, l'action hypothécaire est vraisemblablement *in factum*.

B. *Constitut*. — Le pacte de constitut est une convention par laquelle une personne, le débiteur ou un tiers, prend l'engagement de payer à une date déterminée une dette préexistante. Quand cette promesse émane d'un tiers, il peut y avoir expromission ou cautionnement.

En supposant que le tiers soit intervenu pour garantir la dette d'autrui, nous devons rechercher si le constituant peut invoquer, comme le fidéjusseur et le *mandator pecuniæ credendæ*, le bénéfice de cession d'actions.

Sur ce point, les textes font défaut ; cependant il y a lieu d'accorder aux *constituentes* la même faveur qu'aux fidéjusseurs. Comme ceux-ci, ils intercèdent pour autrui ; dès lors, ils méritent la même protection.

Une difficulté surgit. Quelles règles suivra-t-on, relativement au mode d'exercice du bénéfice et à l'époque où la cession peut être demandée ? Si le créancier a altéré la force de ses actions, le constituant sera-t-il fondé à se plaindre et à se dire libéré ? En autres termes, appliquerons-nous les règles de la *fidejussio* ou du *mandatum pecuniæ credendæ* ?

Il nous sera facile de résoudre cette question, si nous remarquons que le pacte de constitut est un pacte unilatéral, et que l'obligation contractée par le consti-

tuant diffère par son objet de la dette du débiteur principal.

1° C'est un pacte unilatéral. En conséquence, le créancier n'est tenu d'aucune obligation envers le constituant; il est libre de conserver ou de laisser tomber les sûretés réelles ou personnelles qui lui ont été données. Sur ce point, nous appliquerons les règles de la fidéjussion.

2° Les deux obligations, principale et accessoire, n'ont pas le même objet. Dès lors, le créancier a deux actions. En exerçant la première, il n'épuise pas la seconde. Poursuivi, le constituant peut donc exiger la cession d'actions, non seulement jusqu'à la *litis contestatio*, mais en tout état de cause, et même après condamnation. Il pourrait, en effet, paralyser à l'aide d'une exception de dol, l'action *judicati* exercée par le créancier contre lui.

II. APPLICATION DU BÉNÉFICE DE DIVISION

A. *Mandatum pecuniæ credendæ*. — Les *mandatores pecuniæ credendæ*, comme les fidéjusseurs, répondent tous du payement intégral de la dette. Le créancier a le droit de s'adresser, pour le tout, à l'un quelconque des *mandatores*. Le *mandator* poursuivi peut faire diviser la dette entre toutes les cautions solvables, au mo-

ment de la poursuite, comme le fidéjusseur. Cela est certain, mais il est controversé de savoir si le bénéfice de division a été accordé aux *mandatores* par le rescrit d'Adrien ou la jurisprudence. Justinien (L. 3, C., IV, 18) affirme que c'est à l'empereur Adrien qu'il faut faire remonter le bénéfice de division des *comandatores*. Papinien semble contredire cette assertion (L. 7, D., XXVII, 17). « Si on est devenu créancier, dit-il, par suite d'un mandat donné par plusieurs personnes, l'action sera encore divisée, car si l'on paye ce que l'on doit pour autrui, pourquoi la nature de l'action empêcherait-elle la division? » Il est évident que Papinien ne s'exprimerait pas ainsi, si le bénéfice de division était formellement accordé aux *mandatores* par le rescrit d'Adrien. La question ne serait pas douteuse. Il ne serait pas obligé de raisonner par analogie pour la résoudre. C'est donc par extension et par faveur que le bénéfice a été accordé aux *mandatores*.

Les principes que nous avons exposés, en matière de fidéjussion, relativement au bénéfice de division, s'appliquent au *mandatum pecuniæ credendæ*.

Observons seulement que l'action *mandati contraria* intentée par le créancier contre le *mandator*, étant de bonne foi, il n'y aura pas lieu de faire insérer une exception dans la formule.

B. *Constitut*. — Justinien a étendu à ce mode de cautionnement le bénéfice de division (L. 3, C., IV, 18).

III. BÉNÉFICE DE DISCUSSION

En étudiant le bénéfice de discussion, nous avons dit que toute caution peut invoquer le bénéfice, fidéjusseur, *mandator*, constituant. La forme en laquelle l'obligation de la caution a été contractée n'importe pas. Sans doute la Novelle IV ne parle pas du constitut, mais nous avons fait remarquer que l'expression *sponsor* était une traduction vicieuse du mot grec correspondant et qu'il fallait substituer le terme *constituens*. Au surplus, la Novelle CXXXVI prouve bien que, dans la pensée de Justinien, le bénéfice s'étendait à toutes les formes du cautionnement (Nov. CXXXVI, *præf.* et cap. 1).

DEUXIEME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

Nous avons à nous demander tout d'abord ce que devinrent, dans le droit de l'ancienne France, les dispositions légales qui, peu à peu, avaient, en droit romain, amélioré la situation des fidéjusseurs.

A l'origine le cautionnement, la plégerie, est une institution toute spéciale. Sous l'influence de la renaissance des études juridiques romaines, les principes que nous venons d'étudier finissent par s'implanter, et, pendant la période monarchique, le retour aux règles romaines est un fait accompli.

§ 1. *Epoque franque.* — D'après le droit franc, dit M. Sohm, l'action du créancier s'intente *principalement et non subsidiairement* contre le fidéjusseur. Mais

il n'en est pas moins vrai que d'après ce même droit, il faut mettre d'abord *in mora* le débiteur principal (*Procédure de la loi salique*, traduction Thévenin, p. 146).

On le voit, en droit germanique, le fidéjusseur est presque le débiteur principal. Cependant une triple interpellation doit mettre le débiteur en demeure, dans les lois des Lombards et des Burgondes, pour que le créancier puisse agir contre la caution (*Lex Burg.*, IV, 7).

Mais il est important de remarquer ici qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'insolvabilité du débiteur principal, et les textes nous montrent que l'exécution est en général dirigée de suite contre la caution (Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit*, p. 85).

La caution, cependant, n'est pas sans protection, dans le droit barbare.

Et d'abord, si le débiteur principal laisse exécuter la caution, il s'expose à une forte amende : « *Quod si dissimulaverit implere quod placitum est, et necesse fuerit fidejussorem constrictum atque compulsum debitum de suo solvere, in triplum ab eo quem fide dixit impleatur quicquid fidejussorem in hac causa solvisse constiterit* » (*Lex Burg.*, XIX, 8).

En second lieu, le fidéjusseur peut ne pas attendre, pour exercer son recours, qu'il ait payé le créancier : il saisira lui-même et de suite les meubles du débiteur principal, et les remettra au créancier. Si le débi-

teur principal refuse de laisser saisir ses meubles par celui qui a garanti la dette, il s'expose à de nombreuses pénalités : « *Quicumque fidejussor res debitoris dederit illi cui fidejussor accesserit, usque ad domum ipsius sub sua defensione perducatur, si autem non fecerit, non sit a fidejussione penitus absolutus (Lex Burg., XIX, 9).* »

§ 2. *Moyen âge.* — La caution porte le nom de *plège* et le cautionnement se nomme la *plégierie*.

L'interpellation qui, dans la période précédente, devait être faite par le créancier au débiteur principal, est-elle encore nécessaire dans cette seconde période pour que le créancier puisse agir contre la caution ? Sur ce point, les textes de l'époque sont en désaccord. C'est ainsi que les *Assises* se prononcent pour l'affirmative : « Se il advient que un homme ait un sien detor et il vient à lui au terme et lui demande son avoir que il li presta, et le detor li respond : Je ne vous peus paier. Celui qui presta l'avoir respont : Puisque vous ne me volez paier, si irai prendre le gage de mes pléges (*Cour des Bourgeois*, édit. Beugnot, ch. LXXI). » Au contraire, un passage de Beaumanoir est formel en sens inverse (Beaum., XLIII, 21).

Le créancier devait garder, pendant un certain temps, le gage qu'il avait saisi ; ce délai était presque partout de quinzaine (*Assises de Jérusalem*, livre de Jean d'Ibelin, ch. CXXII ; *Coutume de Normandie*, ch. LX). D'après Beaumanoir un délai de quarante

jours était accordé aux gentilshommes, un délai de sept jours et sept nuits aux hommes de poeste (Beaumanoir, XXX, 50, 51).

Les Établissements de saint Louis excluent d'une manière formelle tout bénéfice d'ordre ou de discussion : « Car il est à la volonté du créancier de soi prendre au plége ou au déteur principal, selon l'usage d'Orlénois (*Et. de saint Louis*, édit. Viollet, I, 22). »

« Le créancier, dit de même l'art. 3, ch. v, de la Coutume du duché de Bourgogne, rédigée en 1459, peut poursuivre son principal obligé ou son pleige, pour tout son debt, *lequel il veut choisir* ».

Le cautionnement était cependant privilégié en un certain point de vue : l'obligation du plége s'éteignait à sa mort, et ne passait point à ses héritiers : « Se celui qui est plége sans plus muert, ses heirs ne répondent néent à celui de qui leur ancestre estoit plége » (*Assises de Jérusalem*, livre de Jean d'Ibelin, ch. cxxx).

Si maintenant nous supposons que la même créance était garantie par plusieurs pléges, chacun est tenu pour le tout, et le bénéfice de division n'existe pas plus que le bénéfice de discussion (Beaumanoir, XLIII, 7; art. 72 de la *Coutume de Montpellier*).

Mais par cela seul que plusieurs personnes garantissaient une même dette, elles étaient censées être unies par un rapport de société (Roisin, *Franchises, lois et coutumes de la ville de Lille*, p. 47). Cependant, cette idée n'avait pas immédiatement triomphé (*An-*

ciennes Constitutions du Châtelet de Paris, art. 74).

Quant aux rapports créés entre le plége et le débiteur principal, par le fait du paiement de la dette, ils sont très durs pour celui-ci, en ce sens que non seulement le plége devait être complètement indemnisé (Beaumanoir, XLIII, 5), mais qu'il pouvait même fixer, sous la foi du serment, le montant de l'indemnité qui lui était due (Beaumanoir, XLIII, 44 et XXXV, 13).

A la fin de la période où nous nous trouvons, on voit cependant dans quelques endroits, apparaître le bénéfice de discussion. C'est ainsi que la *Coutume glosée d'Anjou et du Maine*, nous dit : « Se aucun met autre en pleige, il l'en doit délivrer; mes l'en ne puet prendre les biens du pleige tant comme celuy qui l'a mis en pleige ayt de quoy paier. Et se il n'a de quoi paier, le pleige paiera (t. I, p. 328, édit. Beaupré. Comp. Bouteiller, *Somme rural*, I, tit. CI, p. 577; art. 207, *Coutume de Bretagne*). »

Le bénéfice de division s'introduisit aussi : le droit romain qui réapparaissait alors fit admettre la recevabilité de l'*exceptio divisionis* (Masuer, *Pratique*, p. 411).

§ 3. *Période monarchique*. — Sous cette période, les trois bénéfices de discussion, de division et de subrogation, sont accordés aux fidéjusseurs. Comme dans nos explications sur le droit français actuel, nous aurons l'occasion de citer sur chaque question importante l'opinion de nos anciens auteurs et surtout celle de Pothier, les développements que nous donnerons ici sur

le droit en vigueur à cette époque seront très courts.

A. *Bénéfice de discussion*. — Malgré le peu de faveur que le droit canonique accordait à ce bénéfice, celui-ci, à l'époque monarchique, peut être considéré comme admis à peu près partout en France. Mais en même temps les notaires prirent l'habitude, qu'ils ont malheureusement conservée, d'insérer, dans les actes constatant des cautionnements, la clause de renonciation aux bénéfices d'ordre et de division, même si les parties ne s'expliquaient pas à cet égard, et cette clause devint de style. Charondas disait déjà au xvi^e siècle : « Maintenant, en France, l'usage est tout commun, entre ceux qui savent bien contracter, de faire obliger le fidéjusseur conjointement et solidairement avec le principal débiteur, et, encore qu'il s'oblige seulement comme fidéjusseur, de le faire toutefois constituer principal débiteur, avec clause sans division et discussion, et de faire renoncer au bénéfice de division, ordre de droit et de discussion (*Pandectes du droit français*, ch. xxxvi, liv. II). »

Pas plus que les cautions judiciaires, les cautions des fermes du roi ne pouvaient opposer le bénéfice de discussion. La jurisprudence, considérant ces cautions comme secrètement associées aux débiteurs principaux (les fermiers), refusa toujours de leur accorder ce bénéfice qui leur avait été cependant attribué par une ordonnance rendue par Louis XII en l'année 1573.

De même, le bénéfice de discussion ne pouvait être suppléé d'office par le juge.

B. *Bénéfice de division*. — L'ancien droit le commut d'assez bonne heure, bien que le Bréviaire d'Alaric et le Papien soient muets sur le rescrit d'Adrien. Les cautions judiciaires, d'après Busnage et Pothier, ne peuvent opposer ce bénéfice, non plus que, d'après Lebret, les cautions des fermes royales.

C. *Bénéfice de subrogation*. — L'exception *cedendum actionum*, accordée par les jurisconsultes romains aux fidéjusseurs qui avaient acquitté la dette, s'introduisit assez rapidement dans notre ancienne jurisprudence sous le nom de bénéfice de subrogation. Les mots *subrogatio*, *subrogare*, n'étaient pas usités à Rome; ils ont été empruntés au droit canonique.

En droit canonique, lorsqu'un bénéfice était litigieux, et qu'une des parties venait à mourir, l'intervention de celui qui venait défendre le droit du défunt devait être accueillie, et l'intervenant pouvait être subrogé aux droits de celui dont il venait occuper la place.

De même, la Chancellerie de France envoya, jusqu'au xvi^e siècle, des lettres de subrogation par lesquelles le roi subrogeait aux droits du bénéficiaire décédé celui qui prétendait au bénéfice litigieux, et jusqu'en 1789, il y eut en Normandie des lettres de subrogation en matière civile; en vertu de ces lettres,

le créancier d'un absent se substituait à son débiteur, exerçait ses droits, et gérant son patrimoine.

L'exception *cedendarum actionum* prit donc le nom de subrogation; cette subrogation, à l'origine, dut être demandée en justice au créancier, lorsque celui-ci refusait de l'accorder à la caution qui le désintéressait : cette dernière était donc traitée d'une façon assez peu favorable; aussi, en vint-on rapidement à dispenser la caution de cette demande en justice, et le fidéjusseur obtint la subrogation *en la requérant dans la quittance* (Comp. Pothier, *Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans*, n° 76). Il n'y avait pas là cependant une subrogation de plein droit, puisque la caution devait la requérir.

Ce fut Dumoulin qui, le premier, exposa la théorie d'une subrogation qui aurait lieu de plein droit; cet exposé se trouve dans la première des cinq leçons qu'il fit à Dôle, en Franche-Comté, à son retour d'exil. Sa théorie, d'ailleurs, ne fut alors approuvée par personne, et plus tard, ni Renusson, ni même Pothier, ne se rangent à son avis. Notons pourtant que l'opinion de Dumoulin était conforme à la jurisprudence du Parlement de Bretagne (Duparc-Poullain, *Principes de droit*, t. VII, p. 236).

C'est seulement lors de la rédaction du Code civil que ce point fut définitivement fixé. Nous allons aborder maintenant l'étude de nos trois bénéfices, tels que le Code les a organisés.

CHAPITRE PREMIER

DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION

SECTION PREMIERE

QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT INVOQUER LE BÉNÉFICE DE DISCUSSION

La réponse à cette question nous est donnée par l'art. 2021 du Code civil. *Toute personne qui s'est obligée pour autrui peut invoquer le bénéfice de discussion :* « La caution, dit l'art. 2021, n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens; à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. »

Mais le principe que toute personne qui s'est obligée pour autrui peut invoquer notre bénéfice, reçoit d'assez nombreuses exceptions qui doivent être étudiées avec soin.

a. La *renonciation* au bénéfice de discussion se rencontre tout d'abord. Le créancier, aujourd'hui comme dans l'ancien droit, peut imposer à la caution qu'il ac-

cepte l'obligation de renoncer à se prévaloir, le cas échéant, du bénéfice de discussion.

D'ailleurs, la renonciation intervient à tout moment, même au moment où le créancier poursuit la caution ; mais elle a lieu généralement dès le début, dans l'acte même de cautionnement.

Ajoutons, du reste, que souvent des renonciations expresses à notre bénéfice sont exigées aujourd'hui des cautions, et que l'on peut encore dire : « aujourd'hui les bénéfices de discussion et de division (dont nous parlerons plus loin) sont très inutiles aux cautions, parce que les créanciers ne manquent jamais de les y faire renoncer » (Argou, *Institutions au droit français*, t. II, liv. IV, ch. I, p. 376).

Il est bien évident que si cette renonciation est conçue en termes précis, ne laissant aucun doute sur la volonté des parties, il ne s'élèvera à ce sujet aucune difficulté : on peut toujours renoncer à un bénéfice. Mais il peut arriver qu'il n'en soit pas ainsi ; on sait que les renonciations tacites existent à côté des renonciations expresses et c'est alors que se posent des questions délicates à résoudre.

Tout d'abord, quand y aura-t-il renonciation tacite ? Le Code nous cite un exemple d'une telle renonciation : c'est le cas d'une caution qui s'oblige solidairement avec le débiteur. Les principes établis pour les dettes solidaires doivent alors être appliqués. Dans ce cas particulier, l'effet de l'engagement contracté par la

caution se règle d'après les principes que le législateur a établis relativement aux dettes solidaires, et le pouvoir d'interprétation du juge semble ici formellement exclu par la loi. Les tribunaux ne pourront pas se demander en fait si, en se portant caution solidaire, une personne a ou non entendu renoncer au bénéfice de discussion.

Remarquons que l'obligation de la caution solidaire n'en reste pas moins une obligation accessoire ; donc, aux termes de l'art. 2013, elle ne pourra être plus étendue que celle du débiteur principal ; elle ne pourra lui survivre. De même que la caution pure et simple, la caution solidaire pourra opposer au créancier toutes les exceptions, la violence par exemple, relatives à la dette, et que pourrait invoquer le débiteur principal (art. 2036).

Mais les autres hypothèses d'où l'on pourrait induire une renonciation tacite doivent être examinées par le juge du fait. Par exemple, le fidéjusseur qui déclare s'engager comme débiteur principal, renonce-t-il par là même à se prévaloir du bénéfice de discussion ? Dans l'ancienne jurisprudence, le Parlement de Paris conservait le bénéfice et celui de Normandie déclarait le fidéjusseur déchu. La doctrine du Parlement de Normandie nous semble devoir être acceptée aujourd'hui ; car, d'après l'art. 1157 du Code civil, quand une clause est susceptible de deux sens, on doit l'entendre plutôt dans le sens avec lequel elle produit un effet que dans

celui où elle n'en peut produire aucun (Comp. Loysel, *Instit. cout.*, t. II, liv. III, tit. I, règles 10 et 12; Basnage, *Traité des hyp.*, 2^e partie, ch. IV).

Il faut enfin citer ici l'opinion de Pothier : « La renonciation aux exceptions de discussion et de division ne doit pas s'inférer de ces termes qui se trouveraient à la fin de l'acte de cautionnement, *promettant, obligé et renonçant*, etc. Ce terme *renonçant*, vague et indéterminé, sans qu'on exprime en quoi les parties renoncent, ne peut être regardé que comme un pur style qui ne signifie rien, *ea quæ sunt styli non operantur* » (*Traité des obligations*, t. I, 2^e partie, ch. VI, § 2).

Toutefois, la Cour de cassation a décidé que celui qui, en se portant caution, déclare faire de la dette sa propre affaire, comme s'il était seul débiteur et principal obligé, peut cependant ne pas être considéré comme débiteur et principal obligé et comme ayant renoncé aux droits et exceptions appartenant à la caution, et entre autres, au droit d'invoquer le bénéfice de discussion (Cass., Req., 16 mars 1852, Dalloz, 52. 1. 103).

b. Caution judiciaire. — L'art. 2042 du Code civil dispose que la caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal.

On a voulu, en dérogeant, dans ce cas particulier, aux règles du droit commun, assurer le respect de l'autorité judiciaire : « La caution judiciaire, disait Treilhard dans son Exposé des motifs, doit même être susceptible de la contrainte par corps, et la discussion de l'o-

bligé principal ne peut jamais être réclamée par elle ; il faut des liens plus forts et de plus grandes sûretés pour les obligations qui se contractent avec la justice ; et si cette rigueur peut quelquefois être un obstacle à ce qu'on trouve des cautions, le débiteur a du moins la ressource de pouvoir donner un gage en nantissement. La justice est alors satisfaite puisqu'elle obtient une garantie entière. »

Cette disposition n'existait pas en droit romain et les satisfactions judiciaires pouvaient bénéficier, comme les satisfactions ordinaires, des règles de la Novelle IV. On peut donc contester la nécessité de cette prescription du législateur, tout en l'expliquant par le désir de celui-ci d'assurer le respect de la justice.

Pourtant, en édictant cette règle, le législateur de 1804 n'a fait que reproduire une disposition de l'ancienne jurisprudence. Domat, en effet, nous apprend que la caution judiciaire peut, à la différence des autres cautions, être contrainte sans discussion du débiteur : « et cela s'explique, dit-il, non seulement parce qu'elle s'oblige envers la justice dont l'autorité le demande ainsi, mais à cause de la nature des dettes où cette sûreté peut se trouver nécessaire, car elles sont telles qu'on ne doit pas y souffrir le retardement d'une discussion (Domat, *Lois civ.*, liv. III, tit. IV, 2). »

Le même motif a fait édicter l'art. 2043 : Celui qui a cautionné la caution judiciaire ne peut demander la

discussion ni du débiteur principal, ni de cette caution judiciaire.

c. Caution légale. — La caution légale doit-elle être, ou non, privée du bénéfice de discussion, c'est-à-dire assimilée, à ce point de vue, à la caution judiciaire? Sur ce point quelques divergences se sont produites dans la doctrine.

On a voulu assimiler, au point de vue qui nous occupe, la caution légale à la caution judiciaire. En effet le Code, a-t-on dit, a parlé dans un même chapitre de ces deux sortes de cautions.

Nous ne pouvons accepter une telle assimilation.

Le bénéfice de discussion, d'après nous, doit être acquis à la caution légale, car un texte formel de la loi devrait être exigé pour en priver cette caution : or, ce texte n'existe pas. De plus, lors de la discussion générale de la loi sur le cautionnement, il fut expressément déclaré au Tribunat que seule la caution judiciaire serait privée du bénéfice.

d. Caution commerciale. — La caution commerciale jouit-elle du bénéfice de discussion? Sur ce point s'est élevée une très vive controverse. Pour refuser à la caution le droit de faire discuter le débiteur principal, on a invoqué tout d'abord la bonne foi qui doit exister en matière commerciale; on répond facilement à cet argument : la bonne foi doit exister aussi dans le droit civil qui, pourtant, admet le bénéfice de discussion.

En second lieu, a-t-on dit, en matière commerciale,

le cautionnement est un acte intéressé : en matière civile, au contraire, c'est un acte de bienfaisance, un service gratuit.

Cet argument est spécieux : est-il bien exact ? Est-il bien certain que le cautionnement commercial soit toujours un contrat intéressé et que le cautionnement civil soit toujours gratuit ? Et le cautionnement gratuit est-il donc le seul où l'on puisse invoquer le bénéfice de discussion ?

On invoque en dernier lieu l'art. 142, § 2, du Code de commerce : « Le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireurs et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties. »

Les auteurs dont nous nous proposons de combattre l'opinion ont tiré des termes mêmes de cet article cette conséquence que l'on se trouvait là en présence d'une exception absolument générale aux règles que formule le droit civil en matière de cautionnement.

Il est certain que l'aval déroge aux dispositions de l'art. 2021 du Code civil ; le texte de l'art. 142 est formel et, sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais il nous semble impossible de conclure de ce fait incontestable, mais tout à fait spécial, que tout cautionnement commercial est régi par l'art. 142 du Code de commerce, et qu'il est par là même soustrait au bénéfice de discussion.

Il faut avant tout remarquer ici que le législateur a tenu, avec raison d'ailleurs, à entourer la lettre de

change de faveurs tout à fait spéciales. Il a décidé que tous les signataires de la lettre de change seraient solidairement tenus; il a décidé que les cautions seraient assujetties à la même solidarité que les débiteurs principaux. Cette exception au droit commun a été inscrite dans un article spécial du Code de commerce, l'art. 142, sans lequel le droit commun de l'art. 2021 eût dû être appliqué. Nous nous trouvons là, en définitive, en présence d'une disposition exceptionnelle qui, par conséquent, doit être restrictivement interprétée. Donc, le cautionnement commercial, l'aval excepté, est soumis au droit commun, c'est-à-dire à l'art. 2021 du Code civil. La caution commerciale, sauf l'exception de l'art. 142 du Code de commerce, peut invoquer le bénéfice de discussion. (Pardessus, *Dr. comm.*, n° 587; Pont, t. II, n° 158; Laurent, t. XXVIII, n° 209. — *Contra* : Casaregis, *Disc.* 68, n° 14; Delamarre et Le Poitvin, *Dr. comm.*, t. III, n° 88).

Conformément à notre opinion, la Cour de cassation a jugé que celui qui, en mettant son aval sur une lettre de change, n'a entendu s'obliger que comme certificateur de la caution du débiteur principal de cet effet de commerce, peut opposer aux poursuites dirigées contre lui la discussion de la caution (Cass., 4 mars 1851, Dalloz, 51. 1. 123).

Dans l'espèce qui était soumise à la Cour suprême, il ne s'agissait pas d'un donneur d'aval proprement

dit, mais d'un certificateur de caution. La Cour a écarté l'application de l'art. 142 du Code de commerce, en sorte que, ainsi que nous avons essayé de le démontrer plus haut, le certificateur de caution a pu invoquer son bénéfice de discussion, conformément au droit commun, c'est-à-dire conformément à l'article 2021 du Code civil.

e. Exceptions qui dérivent de la nature du bénéfice de discussion. — Quel est le critérium qui doit nous guider ici? On a dit que l'admission du bénéfice de discussion se motivait par cette considération que la caution accomplissait un acte bienfaisant, rendait un service. D'où l'on a conclu que, en cas de garantie à titre onéreux, il n'y avait pas lieu, pour la caution, d'invoquer le bénéfice de discussion (Pont, *Petits Contrats*, t. II, n^{os} 157 et 158).

Nous n'admettons pas cette conséquence, parce que nous ne croyons pas que l'idée dont elle découle doive ici dominer les raisonnements qui peuvent être présentés; d'après nous, le véritable principe est le suivant: il ne faut pas que le bénéfice de discussion dégénère en une cause de perte pour le créancier.

Faisons quelques applications de notre principe :

Il est notoire, supposons-le, que le débiteur principal est insolvable; la caution a-t-elle le droit d'invoquer le bénéfice de discussion? Nous répondons négativement. En effet, et bien que les frais de la discussion, dans ce cas, soient à la charge de la caution,

il est inutile d'engager le créancier dans une procédure sans issue. On peut se demander quand sera notoire l'insolvabilité du débiteur principal. La discussion même ne sera-t-elle pas nécessaire pour mettre en évidence cette insolvabilité? Non encore. Du moment où la caution ne peut, conformément à l'article 2023 du Code civil, indiquer au créancier les biens du débiteur principal qu'il s'agit de discuter, elle est réduite par là même à l'impossibilité d'invoquer son bénéfice. Mais l'insolvabilité notoire dont nous venons de parler ne résulte pas de ce seul fait que la succession du débiteur principal a été acceptée sous bénéfice d'inventaire : la succession est douteuse; on ne peut affirmer qu'elle est mauvaise.

D'autres cas peuvent se rencontrer encore où le bénéfice de discussion se trouve refusé à la caution. Cette solution, en effet, peut résulter de l'application des principes généraux. Voici deux exemples : 1° Une caution succède au débiteur principal : elle ne pourra pas opposer au créancier le bénéfice de discussion, parce qu'elle est obligée, non plus comme caution, mais comme héritière du débiteur principal. 2° Un vendeur fournit une caution; cette caution, par la suite, exerce une action en revendication contre l'acquéreur : ce dernier lui opposera alors la règle *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*, et la caution ne pourra pas l'envoyer discuter le vendeur; car le bénéfice de discussion ne peut être in-

voqué que si le débiteur principal peut exécuter l'obligation, et, dans l'hypothèse que nous examinons, ce n'est pas le débiteur qui peut satisfaire à l'obligation, mais la caution; seule, en effet, la caution peut faire cesser l'action en revendication, intentée de son chef.

SECTION II

EXERCICE DU BÉNÉFICE DE DISCUSSION

Et d'abord, quelle est la nature du bénéfice de discussion? Sur ce point une assez vive controverse s'est élevée. Les art. 2020 et 2011 du Code semblent, en effet, par leur combinaison, conduire à la solution suivante : La caution n'est obligée que conditionnellement; elle n'est tenue de payer que si le débiteur principal ne paye pas. En sorte que certains auteurs en ont déduit que le créancier ne peut agir contre la caution qu'après avoir discuté le débiteur principal.

Ce système ne saurait être admis. Lorsque le créancier, en effet, accepte une caution, quel est le but qu'il se propose? Il veut, tout d'abord, se garantir contre l'insolvabilité possible du débiteur principal, cela est indiscutable, mais aussi il cherche à échapper aux lenteurs et aux ennuis de toute sorte que des poursuites inutiles contre ce débiteur peuvent occasionner pour lui.

D'ailleurs la tradition historique est absolument opposée au système que nous combattons et qui a été soutenu par M. Duranton.

Le droit romain le repoussait, et Pothier qui, dans notre matière, a surtout inspiré les rédacteurs du Code civil, est formel en sens contraire.

« Le créancier, dit Pothier, n'est obligé à discuter le principal débiteur avant le fidéjusseur que lorsque celui-ci le demande et oppose l'exception de discussion. C'est pourquoi, quoique le créancier n'ait pas discuté le débiteur principal, sa demande et ses poursuites contre le fidéjusseur sont bien faites jusqu'à ce que le fidéjusseur ait opposé l'exception de discussion. C'est en conséquence de ces principes qu'il a été jugé par arrêt du 1^{er} septembre 1703, cité par Bretonnier sur Henrys, que le juge ne pouvait d'office ordonner cette discussion » (*Traité des obligations*, t. I, n° 410).

En définitive, nous partons de ce principe que l'engagement de la caution est essentiellement pur et simple ; le créancier n'est pas d'abord obligé de discuter la caution avant de lui demander le paiement qu'elle a garanti : elle est tenue directement vis-à-vis du créancier.

On peut ajouter, du reste, que s'il fallait admettre le système de M. Duranton, le bénéfice de discussion deviendrait à peu près inutile, car il suffirait à la caution, sans même invoquer son bénéfice, de prétendre

que l'action n'est pas née contre elle, pour se soustraire très simplement à l'action du créancier.

La conclusion à laquelle nous arrivons, à savoir que le créancier peut poursuivre la caution sans avoir préalablement discuté le débiteur principal est, malgré les dissidences que nous venons de signaler, généralement admise. Mais on argumente des termes de l'art. 2021, qui dispose que la caution n'est tenue de payer qu'à défaut du débiteur, pour soutenir que le créancier doit justifier, avant de poursuivre la caution, du retard ou du refus du débiteur principal, de payer ce qu'il doit. Donc, ajoute-t-on, le créancier ne pourra, si ce n'est dans le cas où la mise en demeure a lieu de plein droit, exercer son action contre le fidéjusseur qu'en justifiant que le débiteur est en retard : et cette justification ne pouvant résulter que d'une mise en demeure, le créancier, avant de poursuivre la caution, devra mettre en demeure le débiteur principal (Delvincourt, sur l'art. 2021 ; Duranton, t. XVIII, n° 331 ; Colmet de Santerre, t. VIII, n° 239 *bis*, VI).

Nous repoussons encore ce tempérament enseigné par quelques auteurs. Il n'y a pas, dans notre droit, en faveur de la caution, un bénéfice de mise en demeure.

Nous admettons, et nous croyons avoir justifié notre opinion, que le créancier peut poursuivre immédiatement la caution, qui est directement tenue vis-à-vis de lui. Il n'y a pas à distinguer entre les cas où la loi met,

ou non, le débiteur principal en demeure, et les premiers mots de l'art. 2021 n'ont, d'après nous, d'autre but que d'expliquer ce qu'est le bénéfice de discussion.

Il est impossible, dirons-nous pour conclure, de justifier la nécessité d'une mise en demeure. Il est impossible d'imposer ainsi au créancier, par voie d'interprétation, une formalité dont la loi ne parle nulle part (Bordeaux, 18 août 1841, *Pal.*, 42. 1. 164; Trop-long, n^o 231 et suiv.; Aubry et Rau, t. IV, § 426, note 6; Pont, t. II, n^o 154).

Nous avons jusqu'ici supposé l'existence d'un seul débiteur principal. Il pourrait arriver qu'il y eût plusieurs débiteurs principaux; dans ce cas, deux hypothèses sont possibles :

1^o La caution s'est engagée en faveur de plusieurs codébiteurs solidaires; elle pourra alors se prévaloir, contre chacun de ces codébiteurs, de son bénéfice de discussion. Sur ce point les auteurs sont d'accord.

2^o La caution a garanti la dette d'un seul codébiteur solidaire : peut-elle exiger que le créancier, avant de la poursuivre, discute les autres codébiteurs solidaires qu'elle n'a pas cautionnés? Il y a, à cet égard, divergence dans la doctrine.

Pothier (*Obligations*, n^o 413) admettait que la caution pouvait invoquer son bénéfice même contre ceux dont elle n'avait pas garanti la dette. Il faisait valoir d'abord un motif d'équité, la dette devant, disait-il,

être plutôt payée par n'importe quel codébiteur solidaire que par n'importe quelle caution.

En second lieu, l'obligation des codébiteurs solidaires ne formant en réalité qu'une seule et même obligation, si la caution garantit la dette de l'un des codébiteurs, elle garantit par là la dette de tous et peut, par conséquent, faire valoir contre tous son bénéfice de discussion. Cette doctrine de Pothier a été suivie par plusieurs auteurs modernes (Troplong, n° 270).

La solution contraire nous semble préférable. Un motif tiré de l'équité, tout d'abord, ne peut pas servir de base à une thèse juridique qui doit, avant tout, s'appuyer sur des textes.

La seconde raison de Pothier est certainement inexacte. Pothier soutient qu'il faut assimiler la situation du fidéjusseur qui a cautionné un seul codébiteur solidaire à la situation de la caution qui a garanti tous ces codébiteurs. Nous ne pouvons admettre cette assimilation. Les textes du Code, en effet, ne l'admettent pas. C'est en premier lieu l'art. 2030 qui met bien en évidence cette différence de situation, et de plus ne donne à la caution un recours contre tous les débiteurs solidaires que si *tous ces débiteurs* ont été cautionnés par elle ; celle-ci ne peut donc recourir que contre ceux dont elle a garanti la dette. C'est en second lieu l'art. 2027 qui refuse le bénéfice de division

aux fidéjusseurs qui ont cautionné séparément plusieurs codébiteurs solidaires.

Ainsi le point de départ de la doctrine de Pothier est, en droit moderne, certainement inexact : il y a une différence entre la caution qui ne s'oblige que pour un seul codébiteur solidaire et celle qui les cautionne tous ; et nous pensons que la caution ne garantit que la dette du débiteur solidaire qu'elle cautionne, et que, réciproquement, le créancier qui poursuit cette caution doit être renvoyé par elle à la discussion des biens seuls du débiteur solidaire qu'elle garantit (Laurent, t. XXVIII, n° 216).

Ces principes une fois posés, demandons-nous quel est le caractère véritable de l'exception de discussion. Est-ce une exception dilatoire ; est-ce une exception péremptoire ? Dans notre ancienne jurisprudence les auteurs étaient loin d'être d'accord sur ce point.

« Lorsqu'il n'y a point de renonciation au bénéfice d'ordre, dit Basnage, l'on ne convient pas si cette exception de la discussion doit être nécessairement alléguée et opposée avant la contestation en cause, ou si l'on s'en peut encore servir lorsque la cause a été contestée. Cette question a été traitée par nos docteurs, qui sont presque tous de ce sentiment que cette exception du bénéfice d'ordre est dilatoire et non péremptoire, et que la nature de ces exceptions qui ne périment point, mais qui diffèrent l'action, est d'être proposées avant la contestation en cause, et cette opinion

a été confirmée par arrêt du Parlement de Grenoble ; mais le Parlement de Toulouse a jugé que cette exception peut être proposée non seulement après contestation en cause, mais même en cause d'appel, ce qui me paraît plus équitable, puisque la loi prend plaisir à secourir ceux qui se sont engagés pour rendre office à leurs amis et pour les servir en leurs nécessités (Basnage, *Traité des hypothèques*, part. II, chap. iv). »

Pothier et beaucoup d'autres jurisconsultes soutenaient que l'exception de compétence était dilatoire et devait être opposée avant la contestation en cause : « Si le fidéjusseur a contesté au fond, sans l'opposer, il n'y est pas recevable, étant censé, en défendant au fond, avoir tacitement renoncé à ces exceptions (*Traité des obligations*, t. I, n° 410). »

Pothier ajoute : « La caution pourrait néanmoins y être reçue en un cas, savoir si les biens dont elle demande la discussion n'étaient échus au débiteur principal que depuis la contestation en cause, *puta* par une succession qui lui serait échue depuis ; car la règle que les exceptions dilatoires doivent être opposées avant la contestation en cause ne peut avoir lieu qu'à l'égard d'exceptions déjà nées, et non à l'égard de celles qui ne sont nées que depuis ; le défendeur ne pouvant pas être censé, lorsqu'il a défendu au fond, avoir renoncé à des exceptions qui ne sont nées que depuis. »

Il résulte de ces citations que, parmi nos anciens

auteurs, les uns estimaient que l'exception était péremptoire, c'est-à-dire que, comme toute autre défense au fond, elle pouvait être invoquée en tout état de cause. C'est aussi l'opinion de Merlin (*Rép.*, Cautionnement, § 4).

D'autres, au contraire, pensaient que le bénéfice de discussion avait pour but de retarder l'action du créancier contre la caution jusqu'après la discussion du débiteur principal; on se trouvait donc là en présence d'une simple exception dilatoire, c'est-à-dire d'une exception qui devait être opposée avant toute autre contestation en cause.

Quand on discuta le Code civil, il fallut prendre parti sur cette question. Le projet contenait ces seuls mots : « Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert. » C'était reconnaître le caractère péremptoire à l'exception de discussion. Le Tribunat ne voulut pas admettre cette rédaction; quand il en reçut la communication officielle, il fit observer « que si différentes poursuites ont eu lieu contre la caution, sans qu'elle ait requis la discussion du débiteur, elle est censée avoir renoncé à la faculté que la loi lui donne. Le créancier ne doit pas être le jouet du caprice de la caution, et doit pouvoir achever la route dans laquelle le silence de la caution l'a laissé s'engager (Fenet, t. XV, p. 26). » L'exception perdit donc le caractère qu'elle avait dans le projet, et l'art. 2022 du Code civil disposa que « le créan-

cier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, sur les premières poursuites dirigées contre elle. »

La solution de la loi semble ne devoir donner lieu à aucune difficulté : la caution doit opposer le bénéfice de discussion sur les premières poursuites exercées contre elle. Cependant, là encore, des divergences se sont produites : que faut-il, en effet, entendre par *premières poursuites* ?

La Cour de Paris, dans un arrêt du 21 avril 1806, a décidé que le bénéfice de discussion doit, sous peine de déchéance, être invoqué *in limine litis*. Une telle interprétation de la loi est certainement trop littérale : elle n'est pas conforme à son esprit ; nous dirons, au contraire, que la caution ne peut plus renvoyer le créancier à la discussion du débiteur principal, lorsque, en gardant le silence quand le créancier intente son action contre elle, elle peut être considérée comme renonçant implicitement au droit qu'elle a de demander la discussion.

Pour bien montrer quelle est notre pensée sur ce point, supposons que le créancier prenne contre la caution un jugement par défaut faute de conclure ; comme le bénéfice de discussion n'a pas été invoqué lors des premières poursuites, nous considérerons la caution comme ayant tacitement renoncé au droit de s'en prévaloir, et nous le lui refuserons. Même solution si, en cas de saisie, la caution ne réclame pas.

A *fortiori*, nous déciderons de la même façon, si la caution pose des conclusions au fond contre le créancier demandeur : son intention de renoncer à son bénéfice semble par là même absolument certaine.

Inversement, supposons que la caution nie l'existence soit de la dette, soit du cautionnement. Rien ici ne fait présumer son intention de renoncer au bénéfice de discussion ; si un jugement intervient qui la déclare obligée, elle pourra très bien opposer alors, et alors seulement, au créancier, son bénéfice de discussion. Le contraire a été jugé, il est vrai, par la Cour de cassation ; mais le fidéjusseur avait, postérieurement au jugement en première instance, exécuté en partie ce qu'ordonnait le jugement : son intention de renoncer au bénéfice pouvait s'induire de cette exécution partielle (Cass., 27 janv. 1835, Dalloz, 35. 1. 123).

Il y a plus ; on a soutenu que, dans certains cas, malgré une présomption certaine de renonciation, la caution n'en pouvait pas moins invoquer, par la suite, le bénéfice de discussion. L'hypothèse la plus favorable à la caution, que citent les partisans de ce système est la suivante : supposons qu'au moment où le créancier a commencé à agir contre la caution, le débiteur principal soit notoirement insolvable ; la caution ne pouvait indiquer au créancier aucun bien à discuter ; plus tard, pendant l'instance engagée au fond, le débiteur hérite et devient très solvable. On a soutenu que, même dans ce cas, la caution pouvait opposer le bénéfice de dis-

cussion. On a argumenté de l'équité et on a dit que cette solution était conforme à l'esprit de la loi (Trop-long, n° 236; Aubry et Rau, *loc. cit.*, note 9; Pont, n° 171).

Cependant, nous ne croyons pas qu'il faille aller aussi loin dans cet ordre d'idées; remarquons d'abord que le créancier va être obligé de recommencer une procédure qui déjà a pu être longue, et surtout il faut bien considérer que ce système est par trop contraire aux termes de l'art. 2022, pour que nous puissions l'adopter (Duranton, t. XVIII, n° 337).

Le bénéfice de discussion devant être réclamé par la caution sur les premières poursuites dirigées contre elle, ne peut l'être pour la première fois en cause d'appel, alors même qu'en première instance la caution eût contesté l'existence ou l'étendue du cautionnement (Cass., 27 janv. 1835, Sirey, 35. 1. 774; *sic* : Duranton, t. XVIII, n° 334. — *Contra* : Pigeau, *Proc. civ.*, liv. II, part. 5, tit. I, chap. VIII, § 11; Pont, n° 170; Aubry et Rau, t. IV, § 425, n° 7).

Il faut nous résumer. La caution, et c'est là la première condition d'exercice du bénéfice, doit requérir la discussion du débiteur. Le juge ne pourrait l'ordonner d'office; car la caution, nous l'avons déjà dit, peut toujours renoncer à un bénéfice introduit par la loi en sa faveur. Quant à l'exception en elle-même, elle n'est certainement pas péremptoire dans notre Code. Elle n'est pas non plus dilatoire, et c'est seulement après la dis-

cussion du débiteur principal que son caractère sera définitivement connu. C'est une exception *sui generis*, un adoucissement apporté à la situation du fidéjusseur.

Notons en terminant que si le bénéfice n'est pas opposé par voie de discussion, que si, par exemple, le créancier poursuit la caution en vertu d'un titre exécutoire qu'il possède, il faut encore donner aux expressions de l'art. 2022 : *premières poursuites*, le sens que nous leur avons donné précédemment ; tant que la caution ne sera pas censée avoir renoncé aux poursuites, elle pourra opposer son bénéfice.

Si la poursuite est judiciaire, l'exception de discussion sera proposée par un acte d'avoué à avoué qui contiendra les offres et les indications dont nous allons maintenant parler. En cas de poursuite extrajudiciaire, l'exception est opposée sur l'acte de commandement de saisie, ou bien signifiée au créancier immédiatement après la présentation de cet acte, par un exploit d'huissier (Comp. art. 554, C. proc.).

La caution doit avancer les frais suffisants pour faire la discussion. Le créancier, à qui déjà la discussion fait éprouver des lenteurs pour son remboursement, ne doit en éprouver aucun autre préjudice.

« La discussion se fait aux risques et périls du fidéjusseur qui a demandé qu'elle fût faite ; et comme celle des biens immeubles ne peut se faire sans de grands frais, le créancier peut demander que le fidéjusseur lui fournisse des deniers pour la faire. C'est

une règle générale pour tous les cas auxquels l'exception de discussion est opposée (Pothier, *Traité des obligations*, t. I, n° 413). »

On voit la différence qui existe entre la théorie de Pothier et celle du Code civil. Le Code exige que la caution fasse l'avance des frais tant pour la discussion des meubles que pour celle des immeubles ; tandis que Pothier ne demandait à la caution de faire l'avance des frais que relativement à la discussion des immeubles. L'art. 2023 nous dit en effet : « La caution qui requiert la discussion, doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion. Elle ne doit indiquer, ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour d'appel du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur ».

Lorsque, devant le Tribunal, cet art. 2023 vint en discussion, il fut très vivement attaqué par M. Goupil de Préfelu : « Il faut de fortes raisons, dit-il, pour placer dans notre législation une exception inique dont l'effet sera d'imposer à une personne l'obligation de faire l'avance des frais d'une instance dans laquelle elle ne sera pas même partie, et d'autoriser celle qui plaide à puiser dans la bourse de celle qui ne plaide pas, jusqu'à concurrence des frais auxquels donnera lieu l'action. Pourquoi assujettir la caution, qui rend gratuite-

ment un bon office au débiteur et même au créancier, à faire l'avance des frais, lorsqu'on n'y assujettit, ni le cocréancier, ni le codébiteur, ni le garant du défendeur? Que la caution ne puisse renvoyer le créancier à discuter des biens litigieux, ou situés au loin, cela est parfaitement juste; que la caution soit obligée de rembourser les frais faits par le créancier pour la discussion du débiteur, rien de mieux. Mais l'obliger d'avancer les frais, c'est lui accorder le bénéfice de discussion, et le lui retirer aussitôt, au moins implicitement, car c'est elle qui, obligée de faire tous les frais, intentera en réalité la poursuite, sans en avoir, ni la direction, ni même le choix des conseils et des défenseurs (Fenet, t. XV, p. 60 et suiv.). »

Ces raisons ne nous semblent pas absolument convaincantes et nous croyons que le tribun Chabot réfuta victorieusement ces critiques, lorsqu'il répondit qu'en définitive, le bénéfice de discussion dérogeait au droit qu'avait le créancier de réclamer l'exécution de l'obligation au moment de l'échéance, tant contre le débiteur que contre la caution. Que la discussion avait lieu, non dans l'intérêt du créancier, mais dans l'intérêt seul de la caution, qu'il était donc juste qu'elle avançât les fonds nécessaires, pour une discussion qui n'était admise que dans son intérêt. Qu'enfin, il serait souverainement injuste que le créancier, qui souffre déjà des retards et embarras que lui occasionne la discussion, fût encore obligé d'avancer les frais néces-

saires, frais souvent considérables lorsqu'il s'agit de discussion d'immeubles (Fenet, t. XV, p. 68 et suiv.).

La loi ne dit pas à quel moment la caution doit faire l'avance des frais. La Cour de cassation a décidé, dans une espèce analogue, que la caution n'est obligée de faire cette avance que si le créancier le demande (Cass., 21 mars 1827, Dalloz, 27. 1. 182). C'était aussi l'opinion de Pothier (*Obligations*, n° 414; Troplong, n° 273).

Il semble plus exact de décider, avec l'art. 2023 lui-même, que la caution doit, préalablement, offrir elle-même les frais (en ce sens Bordeaux, 6 août 1833, Sirey, 34. 2. 51. *Sic* : Pont, n° 175).

Quant aux difficultés qui peuvent s'élever relativement au montant de ces avances, et que M. Goupil de Préfelin signalait au Tribunat, elles devaient, d'après Chabot, être tranchées par le Code de procédure; bien que le Code de procédure soit muet sur ce point, la question n'offre qu'une importance secondaire; le tribunal appréciera.

L'art. 2023 du Code civil dispose que : « La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion. Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux

hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. »

On s'explique très bien ici l'exigence de la loi. La caution ne doit pas abuser de la faveur que le législateur lui accorde pour renvoyer le débiteur à une discussion illusoire ; il faut donc que les biens indiqués suffisent à éteindre, sinon la totalité, du moins une portion notable de la dette.

La caution peut indiquer, soit la totalité, soit une partie seulement des biens du débiteur principal. Si elle n'indique qu'une partie de ces biens, elle ne pourra plus faire, par la suite, une seconde désignation portant sur des biens qu'elle aurait omis d'indiquer ; si une telle faculté était accordée à la caution, les procédures dureraient, on le comprend, un temps indéfini, et l'ancien droit décidait déjà que la désignation devait être faite *en une fois* (Troplong, n° 263 ; Pont, n° 179), à moins que les biens indiqués plus tard ne soient survenus qu'*ex post facto* (Troplong, n° 264).

Le créancier doit, sous peine de responsabilité, discuter sans distinction tous les biens indiqués, même ceux qui ne lui sont pas hypothéqués ; l'art. 2209 n'est pas applicable à ce cas (Cass., 8 avril 1835, Sirey, 35. 1. 717, *Sic* : Aubry et Rau, t. IV, § 426, p. 683 ; Pont, n° 185).

Pothier n'admettait pas qu'on put discuter des biens situés hors du royaume. Lamoignon décidait que la discussion des biens situés dans le ressort du Parle-

ment était seulement possible (*Arrêtés, titre des discussions*, n° 9).

Bigot-Préameneu justifiait cette règle en répondant à Cambacérès que le créancier ne peut être tenu de discuter des biens situés à une grande distance et dont, par là même, la discussion serait à la fois embarrassante et dispendieuse (Fenet, t. XV, p. 16).

L'indication peut porter sur des meubles comme sur des immeubles (Pothier, *Obligations*, n° 412; Aubry et Rau, t. IV, § 426, p. 683).

Les biens que la caution indique au créancier ne doivent pas être litigieux. « Le créancier n'est pas non plus obligé à la discussion des biens du débiteur qui sont litigieux; car il n'est pas obligé à soutenir des procès, ni à en entendre l'événement pour être payé; c'est encore une suite du même principe que la discussion ne doit pas être trop longue et trop difficile » (Pothier, *Obligations*, t. I, n° 412).

Dès qu'il y aura contestation sur un point quelconque, le bien à propos duquel cette contestation s'élève est litigieux : le créancier n'a pas à le discuter (Aubry et Rau, § 426, p. 682, t. IV).

Le président Fabre disait, avec raison, que le créancier ne doit pas être forcé de recevoir des procès en paiement : *Ne alioquin pro pecunia litem accipere cogantur*; seront par exemple considérés comme litigieux les biens du débiteur qui sont grevés de nombreuses hypothèques, ou soumis à un droit de résolu-

tion. C'est ainsi que la Cour de Toulouse a décidé, le 9 mars 1819, que la caution qui veut exciper du bénéfice de discussion, ne peut indiquer au créancier les biens échus au débiteur principal dans les successions indivises de ses père et mère, car la part de ces biens afférente au débiteur ne peut être déterminée que par un partage qui peut donner lieu à contestation.

Les tribunaux ont, dans tous les cas, le pouvoir d'apprécier si tel bien est, ou non, litigieux, afin qu'un tiers, en intentant au débiteur principal un procès sans fondement, ne vienne pas empêcher l'exercice du bénéfice de discussion.

En troisième lieu, le créancier ne peut être tenu de discuter les biens, même hypothéqués à la dette, qui ne seraient plus en la possession du débiteur. « Par la même raison, disait encore Pothier, le créancier n'est pas obligé de discuter les biens hypothéqués par le principal débiteur, lorsque le principal débiteur les a aliénés et qu'ils sont possédés par des tiers; ce sont, au contraire, les tiers détenteurs qui ont le droit de renvoyer à la discussion du débiteur principal et de ses cautions les créanciers qui donneraient contre eux l'action hypothécaire. »

Sur cette disposition de la loi, le tribun Goupil de Préfelin présenta les observations suivantes : « Qu'importe, dit-il, que les biens se trouvent dans la possession de telle personne que ce soit, si, comme le projet le suppose, ils n'ont pas cessé d'être hypothéqués à la

dette, et s'ils le sont encore? Sans cette hypothèque, la caution n'aurait pas consenti l'obligation à laquelle elle s'est soumise; et, de caution simple, elle ne peut pas devenir caution solidaire, ou, ce qui équivaut, elle ne peut pas être privée du bénéfice de discussion par un acte qui est le fait d'autrui, qu'elle n'a pu ni prévenir, ni empêcher, et qui ne change rien au sort ni aux droits d'aucun des intéressés (Fenet, t. XV, p. 66). »

Chabot répondit : « La discussion qu'il est permis à la caution de demander ne doit être ni longue ni difficile : l'équité le veut ainsi; les auteurs n'ont cessé de leur réclamer et les tribunaux l'ont décidé constamment.

« Ne serait-ce donc pas exposer le créancier à une discussion longue et difficile que de le forcer à discuter des biens qui ne seraient plus en la possession du débiteur? N'aurait-il pas des contestations sans nombre à soutenir, et avec les nouveaux détenteurs de ces biens, et avec les créanciers? Des demandes en désistement, des expropriations forcées, des instances d'ordre, ne sont-ce pas là des procès? Et pourquoi forcerait-on le créancier à en subir toutes les longueurs et tous les désagréments pour les intérêts de la caution? ce serait lui faire acheter bien cher le bénéfice du cautionnement (Fenet, t. XV, p. 71). »

Prévoyant cette argumentation, M. Goupil de Préfeln avait déjà dit : « Le créancier hypothécaire ne peut empêcher que, dans le cas d'une expropriation

forcée, il y ait un état d'ordre qui aurait également lieu quand le débiteur serait encore possesseur du bien hypothéqué à la dette. Tout ce qu'il intéresse, c'est d'être employé dans cet état en un rang utile. L'aliénation ne lui porte aucun préjudice, si son hypothèque a conservé sa date et son privilège (Fenet, t. XV, p. 67). »

Ces raisons ne prévalurent pas, et l'avis de M. Chabot l'emporta.

SECTION III

§ 1. *Effets du bénéfice de discussion.*

Supposons que la caution ait opposé le bénéfice de discussion; le créancier a discuté les biens du débiteur principal; trois résultats peuvent être produits par cette discussion : ou bien le créancier n'a pu, par suite de la complète insolvabilité du débiteur principal, recouvrer aucune partie de la somme qui lui était due; ou bien il en a recouvré une partie; ou bien, en dernier lieu, il a pu se payer intégralement.

Le cas où la discussion ne produit qu'une extinction partielle de la créance est seul intéressant. Dans les deux autres, en effet, la caution est, sans qu'il y ait lieu à controverse, tantôt libérée, tantôt tenue pour le tout.

Supposons donc que la discussion ait produit une

somme n'éteignant la dette que pour partie. Le créancier se retournera contre la caution et agira contre elle pour le surplus; il triomphera certainement si la caution a répondu de la totalité de la dette.

Mais supposons qu'à l'origine la caution ait garanti la moitié d'une dette de 100, et que le créancier ait été remboursé de la moitié de cette même dette; peut-il encore agir contre la caution? Celle-ci doit-elle encore 50, ou bien est-elle libérée complètement?

Il est certain, d'après nous, que la somme produite par la discussion doit être imputée sur la partie de la dette qui n'était pas cautionnée; en d'autres termes, la caution devra toujours, dans notre hypothèse, 50. En effet, la caution, en garantissant la moitié d'une dette de 100, s'est engagée jusqu'à concurrence de 50 à répondre de la portion de la dette qui ne serait pas payée par le débiteur principal; or, après la discussion, ce dernier doit encore 50 et la caution a garanti le paiement de 50; la caution n'est donc nullement libérée de son obligation.

§ 2. *Incident relatif au bénéfice de discussion.*

Le débiteur principal devient insolvable et le créancier a été négligent à le poursuivre.

L'art. 192 de la Coutume de Bretagne décidait que

le créancier devait être déclaré responsable au cas où il avait négligé de poursuivre le débiteur principal à la suite de l'exception de discussion opposée par la caution (Comp. Guy Coquille, *Sur la coutume de Nivernais*, titre des exécutions, art. 10).

Pothier était opposé à cette solution (*Obligations*, n° 414), ainsi que la jurisprudence du Parlement de Provence (Boniface, *Recueil des arrêts du Parlement de Provence*, t. I, liv. IV, tit. XX, ch. xix). Dans ce système, c'était sur la caution que devaient retomber les conséquences de l'insolvabilité du débiteur.

« Quoique la condition des fidéjusseurs soit favorable, disait aussi Basnage, la seule négligence du créancier n'est point un moyen suffisant pour les décharger, puisqu'ils ont pu prendre garde eux-mêmes que le débiteur ne devînt insolvable, et si le créancier était obligé de poursuivre incessamment son débiteur, à faute de quoi, en cas d'insolvabilité, la caution serait libérée de plein droit, il serait le plus souvent inutile de stipuler des cautions, parce qu'elles ne manqueraient jamais d'alléguer que le créancier n'aurait point fait ses diligences en temps et lieu (*Traité des hypothèques*, p. 115). »

Le Code civil n'a pas suivi l'opinion de Pothier. L'art. 2024, en effet, dispose que : « toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'art. 2023, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concur-

rence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites. »

Le projet portait que « si le créancier avait accepté les deniers pour la discussion des biens indiqués, il serait responsable de l'insolvabilité survenue par le défaut de poursuites ».

Relativement à cette rédaction, le premier consul formula l'objection suivante : « Si la caution, prévoyant l'insolvabilité du débiteur principal, se presse de requérir la discussion, indique les biens, et sur le refus que fait le créancier de recevoir l'avance des frais, les consigne, le créancier devra-t-il être victime de cette sorte de fraude ? » Aussi, pour éviter les suites d'une semblable fraude, le premier consul demandait que la caution qui avait consigné les fonds fût responsable de l'insolvabilité du débiteur principal, si cette insolvabilité survenait dans un délai de trois mois à partir de la réquisition de discuter, de l'indication des biens et du paiement des avances (Fenet, t. XV, p. 19 et 20).

La section de législation modifia alors la rédaction de l'article du projet qui est devenu l'art. 2024 du Code ; elle remplaça les mots « deniers fournis » par les mots « deniers acceptés », puis elle laissa aux tribunaux le soin d'apprécier si, en fait, le créancier s'était ou non montré négligent à poursuivre le débiteur principal dont il avait à discuter les biens.

CHAPITRE II

DU BÉNÉFICE DE DIVISION

GÉNÉRALITÉS

Si plusieurs personnes, en cautionnant une même dette, ne s'engagent chacune que pour une fraction de la dette totale, il est bien certain que chaque fidéjusseur ne doit être tenu que de la fraction pour laquelle il s'engage. Mais, dans la pratique, les choses se passent rarement ainsi : chaque caution s'engage en termes généraux. Dans cette dernière hypothèse, nous avons à nous demander quelle sera la mesure exacte de la responsabilité de ces cautions. En d'autres termes, faut-il décider que chaque caution sera tenue, en principe, de toute la dette, ou bien seulement d'une fraction, après une division de plein droit ? Et si l'on admet que chaque caution est tenue en principe pour le tout, celle-ci ne peut-elle pas se soustraire à cette obligation en demandant la division entre toutes les cautions ?

Nous avons vu comment le droit romain et l'ancien droit répondaient à ces différentes questions. Voyons maintenant quel est le système du Code civil.

Les art. 2025, 2026 et 2027 traitent du bénéfice de division.

Art. 2025 : « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues caution d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette. »

Art. 2026 : « Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chaque caution. Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités ; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division. »

Art. 2027 : « Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolubles. »

On retrouve ainsi, à la simple lecture de ces articles, les souvenirs du droit romain, les fidéjusseurs tenus pour le tout (*Inst.*, *De fidej.*, § 4), et le bénéfice de division introduit par le rescrit d'Adrien.

Si, relativement au bénéfice de division, les solutions du droit romain ont passé dans notre Code civil,

il y eut, lors de la discussion de nos articles devant le Tribunal, une très forte opposition au maintien de ces anciennes solutions,

Sur l'art. 15 du projet (art. 2025) s'éleva cette question : l'ancien droit sur le bénéfice de division devait-il être maintenu ? Ne convenait-il pas au contraire d'établir la division, *ipso jure*, dans les cas des art. 15 (2025) et 16 (2026) ? Ceux qui adoptaient la dernière proposition observèrent que lorsqu'il ne résulte pas de l'acte que les cautions n'ont pas entendu s'obliger solidairement, il semble qu'elles ne devraient pas être traitées avec moins de faveur que les obligés eux-mêmes. Chaque obligé est censé ne s'être engagé que pour sa part, si le contraire n'est prouvé. Ne doit-il pas en être de même de chaque caution ? Le projet, dit-on, admet la caution au bénéfice de division, lorsqu'elle n'a pas renoncé à ce bénéfice ; seulement il exige que la caution la demande. Il serait plus simple que la division eût lieu de plein droit, toutes les fois qu'il n'y aurait pas de renonciation. Si la caution peut obtenir ce bénéfice dans un temps, on ne voit pas pourquoi elle ne l'aurait point dans un autre temps ; ou au contraire, s'il répugne que la division ait lieu de plein droit parce que chaque caution s'est obligée pour le tout, cette raison devrait également empêcher qu'en aucun temps le bénéfice de division dût être accordé.

Aussi rédigea-t-on comme il suit la disposition à mettre à la place des art. 15 et 16 du projet : « Lorsque

plusieurs personnes se sont rendues cautions du même débiteur pour la même dette, si elles ne se sont pas obligées solidairement, chacune d'elles n'est tenue que de sa part et portion de la dette, sans être garante de l'insolvabilité ni de l'incapacité des autres cautions. »

Mais ceux qui préféreraient l'ancien droit répondirent que le bénéfice de division est accordé par la loi par voie d'exception; la loi romaine le porte ainsi, et de tout temps le droit français s'y est conformé. L'on ne peut comparer les cofidéjusseurs aux coobligés. Lorsque ceux-ci s'engagent par la même obligation, et que la solidarité n'est pas expressément stipulée, il y a au moins doute s'ils ont entendu s'obliger chacun pour le tout. Ce doute doit être interprété en leur faveur. En conséquence la loi décide qu'ils ne sont obligés chacun que pour leur part et portion; mais comme il est de la nature du cautionnement que chaque fidéjusseur s'oblige pour toute la dette, ce qui est conforme à la définition même du cautionnement, il résulte de là que chacun d'eux a consenti que le créancier, si le débiteur ne satisfait pas à son obligation, s'adressât à l'un ou à l'autre, à sa volonté, pour y satisfaire de même que s'il n'y avait qu'un seul fidéjusseur. En un mot, le bénéfice de division n'est qu'une grâce. La faveur des cautions l'a fait adopter, et si l'on y substituait la division de plein droit, on y ferait presque toujours renoncer les cautions, et les transactions seraient beaucoup plus difficiles.

Cette dernière opinion prévalut, en sorte que, actuellement comme à Rome, chaque fidéjusseur se trouve tenu *in solidum*, avec ce tempérament que, s'il est poursuivi, il peut demander le bénéfice de division.

C'est ce tempérament, c'est ce bénéfice qu'il nous faut maintenant étudier.

SECTION PREMIÈRE

QUELLES SONT LES CAUTIONS QUI PEUVENT OPPOSER LE BÉNÉFICE DE DIVISION

Si plusieurs personnes ont garanti le même débiteur et la même dette, elles peuvent, aux termes des art. 2025 et 2026, opposer au créancier qui les poursuit le bénéfice de division.

Le bénéfice de division étant une faveur accordée à la caution, celle-ci peut y renoncer. C'est cette remarque, faite d'une manière incidente par l'art. 2026 du Code, qui rend très rares, dans la pratique, les cas dans lesquels s'appliquent les prescriptions édictées par le législateur relativement au bénéfice de division.

En effet, lorsque les créanciers exigent que plusieurs cautions garantissent la solvabilité du débiteur principal, ils demandent en général que ces fidéjusseurs renoncent, dans l'acte même de cautionnement, à la

faculté que leur donne la loi d'opposer le bénéfice de division, et même cette dernière clause de renonciation est devenue de style dans les actes notariés. On se trouve alors en présence d'une renonciation expresse.

Mais la renonciation peut aussi être tacite; seulement, il faut remarquer ici que, pour prouver qu'il y a renonciation tacite au droit d'invoquer le bénéfice de division, il faut renverser la présomption que la caution a entendu conserver son droit. Il y aura donc là à apprécier des faits, et le juge seul sera compétent pour apprécier ces faits tendant à prouver la renonciation.

Toutefois, dans un cas particulier, la renonciation sera présumée: supposons que la caution s'engage solidairement avec le débiteur ou avec les autres cautions: le juge devra admettre que de cet engagement résulte immédiatement la preuve de la renonciation au bénéfice de division.

Dans l'ancien droit, cependant, cette question était controversée; mais aujourd'hui il suffit de rapprocher les deux art. 2021 et 1203 du Code civil pour se convaincre de l'exactitude de notre solution.

Aux termes de l'art. 2021, en effet, l'obligation doit se régler d'après les principes relatifs aux obligations solidaires, lorsque la caution s'engage solidairement avec le débiteur. Or l'art. 1203 nous dit que le créancier d'une obligation solidaire a la faculté de s'adresser à celui des débiteurs solidaires qu'il lui plaît de choisir,

et dans ce cas aucun bénéfice de division ne peut être invoqué.

Nous en concluons que, dans le cas où la caution s'est obligée solidairement, le bénéfice de division doit lui être refusé.

Remarquons que la situation n'est pas la même dans le cas où la caution s'oblige solidairement avec le débiteur, et dans celui où elle s'oblige solidairement avec les autres cautions. Dans le premier cas, la caution perd tout droit, et au bénéfice de division, et au bénéfice de discussion. Dans le second cas, le bénéfice de division seul est perdu ; elle conserve toujours celui de discussion, si elle ne l'a pas d'ailleurs perdu par suite de l'une des circonstances que nous avons précisées au chapitre précédent (*Contra* : Troplong, n° 301).

Cette exception prévue par le législateur, une fois mise à part, on peut dire, avec l'art. 2026, que toutes les cautions peuvent opposer le bénéfice de division. Examinons cependant quelques hypothèses qui faisaient autrefois difficulté.

On a vu que la loi romaine refusait le bénéfice de division à ceux qui, de mauvaise foi, niaient leur obligation ; Pothier professait la même opinion (*Traité des obligations*, n° 416). Mais, comme nous nous trouvons ici en présence d'une disposition essentiellement pénale, et que le Code est muet à ce sujet, nous adoptons la solution contraire à celle du droit romain et de Pothier.

Même solution pour les cautions judiciaires qui, d'après Basnage et Pothier, n'avaient pas le bénéfice de division (*Obligations*, n° 416). En effet, l'art. 2042 du Code civil refuse aux cautions judiciaires le bénéfice de discussion et garde le silence pour ce qui est du bénéfice de division : donc la caution judiciaire peut invoquer ce dernier bénéfice.

Enfin Pothier dit que les héritiers des cautions, comme les cautions elles-mêmes, peuvent invoquer le bénéfice de division ; il ajoute que le certificateur de caution peut demander que la dette soit divisée entre lui et les cofidélusseurs qu'il n'a pas certifiés. Nous croyons que ces deux solutions sont encore exactes aujourd'hui (*Traité des obligations*, n° 417).

SECTION II

ENTRE QUELLES PERSONNES DOIT SE FAIRE LA DIVISION

Aux termes des art. 2025 et 2026, la division ne peut se faire qu'entre les cofidélusseurs solvables ; de plus, ces cofidélusseurs solvables doivent avoir garanti la même dette et le même débiteur. Il faut examiner ces différentes conditions.

A. *Les cofidélusseurs doivent avoir garanti la même dette et le même débiteur.* — On déduit de là immédia-

tement une conséquence très importante. Supposons qu'une dette soit garantie par une seule caution et un certificateur de celle-ci : le fidéjusseur et le certificateur n'ayant pas garanti le même débiteur principal ne peuvent, ni l'un ni l'autre, invoquer le bénéfice de division.

Autre conséquence du même principe : supposons deux débiteurs principaux, *Primus* et *Secundus*; *Tertius* cautionne *Primus*, *Quartus* cautionne *Secundus*; *Tertius*, s'il est poursuivi, peut-il demander que la dette soit divisée entre lui et *Quartus*? La négative est certaine; *Tertius* et *Quartus*, en effet, n'ont pas cautionné le même débiteur. D'ailleurs cette solution est traditionnelle (L. 51, § 2, D., *De fidej.*; Pothier, *Obligations*, n° 416; *sic* : Laurent, t. XXVIII, n° 229. *Contra* : Troplong, nos 306 et 307).

B. *Les cofidéjusseurs doivent être solvables pour que la division puisse s'effectuer entre eux.* — L'art. 2026, dans son second alinéa, en nous disant que la caution qui invoque le bénéfice de division doit supporter la part des insolvable contributoirement avec les autres cofidéjusseurs solvables, nous prouve que le bénéfice de division qu'il établit ne détruit pas complètement l'obligation *in solidum* qu'édicte, en principe, l'article 2025.

Ainsi donc, si l'on suppose que, au moment où le créancier se voit opposer l'exception de division, il existe des cautions dont l'insolvabilité soit certaine, ce

sera seulement en prenant en considération le nombre des cofidėjusseurs solvables à ce moment que se règlera la part contributoire de chacun de ces derniers. On voit quelle est ici la très importante différence qui existe, au point de vue de la division, entre les cofidėjusseurs et les codébiteurs simplement conjoints ; les premiers supportent, en définitive, les conséquences de l'insolvabilité de leurs cofidėjusseurs ; c'est, au contraire, le créancier qui subit les suites de l'insolvabilité des codébiteurs conjoints entre qui la dette se divise d'une façon définitive.

Quand peut-on dire que l'insolvabilité d'un cofidėjusseur est notoire ? On le comprend, il s'agit là d'une appréciation qui est bien souvent délicate ; aussi, dans le cas où la solvabilité est simplement douteuse, le tribunal devra accorder le bénéfice de division aux cofidėjusseurs qui le demandent ; en effet, le législateur, dans l'art. 2026, n'impose pas à la caution l'obligation de prouver la solvabilité de ces cofidėjusseurs pour pouvoir invoquer le bénéfice de division ; il suffit que la caution offre de payer la part qui reste à sa charge une fois la division faite, pour que le créancier, avant de continuer ses poursuites contre elle pour une fraction plus forte, soit tenu de diviser son action entre tous les cofidėjusseurs.

Il y a plus : comme le législateur n'a pas reproduit ici la nécessité de faire l'avance des frais de la poursuite contre chaque caution, ou d'indiquer les biens à

discuter, le cofidéjusseur qui veut invoquer le bénéfice de division n'est pas tenu de ces dernières obligations ; la caution est donc mieux traitée par la loi, en ce qui concerne le bénéfice de division, que lorsqu'il s'agit du bénéfice de discussion. Mais il reste entendu que si, après avoir divisé son action à la requête du cofidéjusseur, le créancier ne se fait pas payer par chacune des cautions de toute la part que la division met à la charge de ces dernières, il pourra rechercher les autres cautions solvables, et leur faire payer contributoirement, en plus de leur part, la différence qu'il n'a pu réaliser sur les cofidéjusseurs insolubles (art. 2026 ; Duranton, t. XVIII, n° 348 *bis*).

Si d'ailleurs le certificateur d'une caution est solvable, alors que la caution ne l'est pas, il est évident, au regard des autres cofidéjusseurs, que les choses se passent exactement comme si la caution certifiée elle-même était solvable (Pothier, *Obligations*, n° 420).

Il faut, avons-nous dit, que les cautions soient solvables pour que le bénéfice de division puisse être opposé au créancier. On doit se demander maintenant à quel moment doit exister cette insolvabilité.

Nous avons vu qu'à Rome, ce moment coïncidait avec celui de la *litis contestatio* : que faut-il décider en droit français ? La solvabilité doit exister, répond l'article 2026, § 2, dans le temps où la caution a fait prononcer la division. Examinons ces expressions.

Si l'on se borne à une interprétation purement litté-

rale de ces termes, on doit décider ceci : c'est au moment où le jugement qui prononce la division est rendu qu'il faut examiner si les cofidėjusseurs sont ou non solvables (Pothier, *Obligations*, n° 427 ; Troplong, n° 309).

Mais il ne faut pas, d'après nous, s'en tenir aussi rigoureusement à la lettre même de la loi, car la solution que nous venons d'indiquer implique une dérogation aux principes généraux. En effet, il est de règle que le demandeur doit avoir exactement la même situation que si la demande et le jugement avaient lieu le même jour ; en d'autres termes, le jugement est censé rétroagir jusqu'au jour de la demande. Nous pensons qu'il y a lieu, ici encore, d'appliquer cette doctrine. Car, pendant que dure l'instance qui doit aboutir au jugement ordonnant la division, jugement rendu en faveur du cofidėjusseur qui joue ici le rôle de demandeur, l'insolvabilité d'un cofidėjusseur peut survenir ; en sorte que les lenteurs apportées à la procédure par un créancier qui peut être négligent ou de mauvaise foi, auraient pour résultat de faire retomber, pour partie ou pour le tout, suivant les cas, cette insolvabilité sur le cofidėjusseur qui, en opposant l'exception de division, ne fait, en définitive, qu'exercer un droit à lui reconnu expressément par la loi.

La solvabilité nécessaire pour que le bénéfice de division puisse être valablement opposé au créancier doit s'entendre de l'insolvabilité *en France*. Nous tran-

chons ainsi une controverse qui s'était élevée déjà dans l'ancien droit sur le point de savoir si le bénéfice de division peut être admis lorsque la caution qui l'oppose a des cofidéjusseurs domiciliés à l'étranger, ce qui, on le conçoit sans peine, rend les poursuites contre ceux-ci plus pénibles pour le créancier. Cette dernière considération, basée sur une idée de protection en faveur du créancier, avait décidé Pothier à refuser, dans le cas qui nous occupe, le bénéfice de division à la caution (*Obligations*, n° 423; Comp. Duranton, t. XVIII, n° 342 *bis*).

Dans le système que nous croyons exact, on fait, au contraire, une distinction, et l'on applique cette idée que la solvabilité du cofidéjusseur doit être la solvabilité en France pour décider que le bénéfice de division ne sera accordé à la caution que lorsque ce cofidéjusseur domicilié à l'étranger aura en France des biens suffisants pour le faire considérer comme solvable (Troplong, n° 312; Boileux, t. VI, p. 603; Comp. Pont, n° 214).

A cette insolvabilité qui a pour effet d'empêcher l'exercice du bénéfice de division, faut-il assimiler l'incapacité?

Supposons, par exemple, qu'une même dette et qu'un même débiteur aient été garantis par deux personnes, *Primus* et *Secundus* : *Primus* est capable et *Secundus* est incapable; *Primus* peut-il demander le bénéfice de division?

Nous ne le pensons pas et, sans nous arrêter ici aux distinctions que faisaient la loi romaine, nous croyons que l'incapacité vaut insolvabilité. D'une manière générale, une caution, en s'engageant, doit penser que peut-être son cofidéjusseur deviendra insolvable, et que le bénéfice de division n'aura pour elle aucun effet. Dans ces conditions, revenons à notre hypothèse et supposons que *Secundus* soit un mineur. *Primus* doit savoir, en s'engageant, qu'il sera tenu seul d'une façon presque certaine, puisque le mineur se fera restituer ; ainsi donc, si *Primus* a pu et dû prévoir l'insolvabilité d'un cofidéjusseur quelconque, il a dû prévoir *a fortiori*, la restitution basée sur l'incapacité.

En second lieu le créancier, dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons, n'a pas entendu courir le risque de la restitution possible du mineur *Secundus*, puisqu'il a justement exigé une seconde caution, *Primus*. Nous concluons donc : l'incapacité équivaut, au point de vue qui nous occupe, à l'insolvabilité, et c'était déjà l'avis de Pothier (*Traité des obligations*, n° 424).

Il ne faudrait cependant pas croire que la solution précédente s'appliquera toujours. Par exemple, supposons que la rescision du mineur ne soit pas encore prononcée, ou que même elle ne soit pas encore demandée. Dans ce cas, le cofidéjusseur capable pourra très bien soutenir que la nullité qui permet de refuser le bénéfice de division n'existe pas ; de son côté le

créancier, pour ne pas subir la division, prétendra qu'elle existe, d'où contestation. Dans ces conditions, faut-il décider que le bénéfice de division entre la caution capable et la caution dont l'obligation est annulable pour incapacité pourra être demandé par le premier de ces deux cofidésusseurs?

Nous le croyons; en effet, la nullité de l'obligation de l'incapable, on le sait, n'est que relative, et l'incapable peut très bien ne pas invoquer cette nullité.

En définitive, nous admettons que le juge peut ordonner, au moins provisoirement, que le cofidésusseur capable opposera valablement au créancier le bénéfice de division : si, plus tard, l'incapable fait rescinder son obligation, le créancier alors agira pour le tout contre la caution capable, comme si le bénéfice de division n'avait jamais existé au profit de cette dernière.

Remarquons ici l'analogie présentée par l'hypothèse que nous venons d'étudier avec le cas où l'un des cofidésusseurs étant d'une solvabilité douteuse, il s'agit de savoir si la caution solvable peut invoquer le bénéfice de discussion.

Les diverses cautions peuvent être obligées envers la même personne et envers le même débiteur, sans pour cela être tenues toutes sous une même modalité. Par exemple, les unes peuvent s'être obligées purement et simplement, d'autres, sous une certaine condition ou bien encore à terme. Conformément d'ailleurs à la solution donnée, en droit romain, par la

loi 27, D., *De fidej.*, les cofidéjusseurs qui sont tenus purement et simplement, peuvent toujours demander que l'action du créancier soit divisée entre elles et les cofidéjusseurs obligés sous une condition ou à terme : mais on comprend qu'ici encore une semblable division ne puisse avoir qu'un effet provisoire. Si, par exemple, la condition sous laquelle certains des cofidéjusseurs sont obligés venait à défaillir, le créancier ne pourrait plus rien demander à ces cofidéjusseurs. Le créancier se retournera alors contre les cautions qui, tenues purement et simplement, avaient profité jusque là d'un bénéfice de division provisoire.

Nous avons ainsi terminé l'examen des conditions auxquelles un cofidéjussesseur peut opposer au créancier le bénéfice de division.

Cependant on a soutenu qu'une dernière condition devait être remplie. Il faut, a-t-on dit avec M. Duranton, que le cautionnement ait été donné conjointement. Voici quels sont les arguments présentés à l'appui de ce système : lorsque deux personnes, dit-on, garantissent une même dette et un même débiteur dans deux actes distincts, ou ne peut pas dire que l'un des cofidéjusseurs a, en garantissant la dette du débiteur principal, pris en considération ce fait qu'une autre personne s'engageait avec elle pour le même débiteur, et c'est cette considération, cependant, qui explique et justifie le bénéfice de division. On ajoute que l'art. 2026 lui-même suppose que plusieurs personnes

ont *conjointement* garanti la dette; enfin l'on remarque que lorsque la première caution s'est obligée dans un premier acte, elle était valablement obligée pour le tout; cette situation n'a pas dû se modifier au préjudice du créancier, par ce fait que celui-ci a désiré, par un second acte de cautionnement, voir augmenter ses sûretés.

Nous adopterons l'opinion contraire soutenue par Delvincourt; même dans l'hypothèse que nous étudions, l'un des cofidéjusseurs pourra, d'après nous, invoquer contre le créancier le bénéfice de division.

Tout d'abord l'art. 2025 ne fait aucune distinction entre les cautions qui sont obligées conjointement et celles qui ne le sont pas; il se contente de décider que tous les cofidéjusseurs sont obligés *in solidum* (Pousot, *Cautionnement*, n° 214).

Néanmoins, ajoute l'art. 2026, le bénéfice de division est accordé, etc... Donc, par suite de cette expression *néanmoins*, tous les cofidéjusseurs dont parle l'art. 2025, obligés conjointement ou non, peuvent se prévaloir de ce bénéfice.

Nous ajouterons que l'art. 2033 fournit aussi un argument en faveur de notre système. Si, en effet, la caution qui s'est engagée la première ne pouvait invoquer le bénéfice de division, si on avait le droit de dire, d'une manière absolue, que le second acte de cautionnement qui, supposons-le, ne rappelle même pas le premier, était relativement au premier une *res*

inter alios acta, il faudrait décider qu'aucun recours n'est possible contre le second fidéjusseur de la part du premier ; or, non seulement ce recours est accordé par l'art. 2033 au fidéjusseur qui a payé plus que sa part, mais encore la loi ne distingue pas, quand elle accorde ce recours, si les cautionnements sont ou non intervenus en même temps, dans un même acte.

Est-il même bien exact de dire que le bénéfice de division a sa raison d'être, son motif juridique dans ce fait, qu'en s'engageant, le fidéjusseur compte sur la présence de tel ou tel autre fidéjusseur pour ne supporter définitivement qu'une partie de la dette en vertu de la division, si le débiteur principal est insolvable ? Cela n'est pas certain. Nous croyons plutôt qu'en insérant dans la loi le bénéfice de division, le législateur a voulu favoriser le cautionnement qui est, en général, un acte de bienveillance. Le bénéfice de division a aussi pour but d'éviter des circuits d'actions, d'empêcher que l'un des cofidéjusseurs, après avoir payé, n'exerce un recours contre les autres cautions pour ce qu'il a payé en trop (Taulier, t. VII, p. 27). Notons cependant que Duranton, dont nous avons combattu l'opinion, accorde le bénéfice à la seconde caution si son acte fait mention du premier cautionnement (t. XVIII, p. 346).

SECTION III

A QUEL MOMENT LA CAUTION DOIT-ELLE OPPOSER LE BÉNÉFICE DE DIVISION

C'est la caution elle-même qui doit invoquer le bénéfice de division ; cette règle se justifie d'ailleurs facilement. Supposons en effet deux fidéjusseurs , *Primus* et *Secundus* ; *Primus* est solvable, *Secundus* est insolvable. Le créancier actionne *Primus*. Pourquoi ce dernier demanderait-il la division entre *Secundus* et lui, puisque, en définitive, et sans parler des frais, il serait forcé de payer le tout. On en conclut que le tribunal ne pourrait pas suppléer au silence de *Primus* et prononcer, d'office, la division.

On a vu, dans le premier chapitre de cette étude, que le bénéfice de discussion doit être invoqué contre le créancier sur *les premières poursuites* de celui-ci, et nous avons cherché à préciser le sens de ces dernières expressions. Le législateur, qui pour la discussion s'est expliqué en termes formels, n'a rien dit au contraire sur la question que nous examinons, quand il a traité du bénéfice de division. Que faut-il conclure de ce silence ?

Quant à nous, nous pensons qu'il faut ici adopter la

solution que l'ancien droit avait fini par admettre, à savoir que la caution peut opposer, *en tout état de cause*, le bénéfice de division (Pothier, *Obligations*, n° 425).

Que Pothier donnât ou non, de la loi 10, § 1, au Code, *De fidej.*, une saine interprétation, cela nous importe peu ici ; il suffit que cette solution soit bien la sienne et que les rédacteurs du Code ne l'aient pas rejetée, surtout si l'on considère que la découverte du manuscrit de Gaius est postérieure à la rédaction du Code civil.

L'exception de division, contrairement à celle de discussion, est donc péremptoire et non dilatoire ; elle a pour but, non pas de retarder l'action du créancier contre celui qui invoque le bénéfice, mais bien d'exclure cette même action pour la part qui doit être payée par les autres cofidéjusseurs, une fois la division prononcée ; en effet, la caution n'est plus tenue que pour la part déterminée par cette division.

Cette solution n'a pas été unanimement admise. On a prétendu qu'il fallait exiger du cofidéjusseur, comme au cas où il s'agit du bénéfice de discussion, qu'il demande la division, *sur les premières poursuites*, et l'on a argumenté, pour soutenir cette opinion, d'un mot de l'art. 2026. Chaque caution, dit en effet cet article, peut exiger que le créancier divise *préalablement* son action entre les différents cofidéjusseurs solvables. Dire que la caution doit exiger la division préalable-

ment, c'est dire, affirme-t-on, qu'elle doit l'exiger avant toute poursuite au fond de la part du créancier.

Cette affirmation nous semble absolument gratuite : le mot *préalablement*, dans l'art. 2026, se rapporte au verbe diviser ; la caution peut exiger que le créancier *divise préalablement* son action ; dans le système que nous combattons, on fait rapporter ce mot au verbe exiger, et on écrit dans la loi : la caution peut exiger, *préalablement* à toute poursuite, que le créancier divise son action ; on fait la loi, en réalité, on ne l'interprète plus.

Ainsi donc, tant qu'il n'est pas intervenu un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée et condamnant le cofidéjusseur à payer la totalité de la dette, celui-ci peut invoquer son bénéfice de division (Boitard, *Leçons sur la procédure civile*, n° 411 ; Pothier, *Obligations*, n° 425 ; Duranton, t. XVIII, n° 348 ; Aubry et Rau, t. IV, § 426, p. 685).

Le bénéfice de division pourrait être opposé en appel ; le jugement de condamnation n'est pas, en effet, définitif ; c'était déjà l'opinion de Pothier.

Mais une fois la caution condamnée définitivement à payer au créancier la totalité de la dette, il est certain qu'elle sera déchuë de son droit à la division. Jadis on avait soutenu le contraire, en argumentant de ce qui se passait pour la cession d'actions ; c'était assimiler à tort les deux bénéfices. En effet, dit Pothier, l'exception de cession d'actions n'attaque ni la sen-

tence, ni le droit acquis au créancier par le fait du jugement.

En général, la question que nous examinons n'aura pas une bien grande importance pratique ; car la caution demandera la division, le plus souvent, dès le début de l'instance, parce qu'elle y a intérêt : tant que la division, en effet, n'est pas prononcée, si l'insolvabilité d'un cofidéjusseur survient, elle sera supportée par les autres cofidéjusseurs solvables qui se hâteront, en conséquence, de se soustraire à ce danger en faisant de suite valoir leur droit au bénéfice.

Au cas de poursuites judiciaires l'exception de division devrait être opposée par acte d'avoué à avoué sans que, bien entendu, il y ait lieu de proposer une avance de frais que la loi n'ordonne pas.

Au cas de poursuites extrajudiciaires, par exemple, au cas où le créancier possède un titre exécutoire, jusqu'à quel moment le bénéfice de division peut-il être demandé par le cofidéjusseur ? Si nous remarquons que le bénéfice de division ne peut plus être demandé après le jugement définitif qui condamne la caution à payer toute la dette, parce qu'une solution contraire violerait un droit acquis au créancier, nous sommes conduit à la règle suivante : il y aura seulement déchéance lorsque le créancier qui exerce des poursuites extrajudiciaires aura contre la caution un droit acquis à la totalité de la créance.

Appliquons cette règle en matière de saisie.

M. Duranton a soutenu que, postérieurement à la vente des biens saisis, le bénéfice de division ne pouvait plus être invoqué par la caution. Il argumente par analogie de ce qui a lieu pour le bénéfice de discussion, et il remarque que le créancier se trouverait soumis à une nouvelle procédure, sans que, dit-il, la caution puisse retirer de là le moindre avantage.

Cette solution est inadmissible. Tout d'abord la vente des biens du cofidéjusseur saisi n'implique nullement, de la part de ce dernier, l'intention de renoncer au bénéfice de division : que la caution ait à payer une fraction ou bien la totalité de la dette, il est certain qu'il faut qu'elle paye, c'est-à-dire que la saisie ait lieu en cas de non-payement.

En second lieu, il n'est pas exact de dire que les longueurs dont le créancier aurait à souffrir seraient sans utilité pour la caution. En effet, la caution aura cet avantage, en obtenant la division, de n'avoir pas, après avoir payé, à recourir contre les cofidéjusseurs dont l'insolvabilité peut survenir tout à coup et contre lesquels, par suite, son recours serait inefficace. Quant à la longueur des poursuites que le bénéfice de division impose au créancier, on peut diminuer de beaucoup l'importance de cet argument, en considérant que si le bénéfice avait été invoqué dès le principe, il eût bien fallu poursuivre séparément chaque caution : le créancier se trouve donc replacé dans la situation qui

lui eût été faite par l'exercice du bénéfice de division opposé antérieurement à la vente.

Ce n'est donc pas, d'après nous, la vente qui fait perdre au cofidéjusseur saisi le droit d'invoquer la division : c'est seulement le fait du paiement du prix au créancier ; en effet, dans ce dernier cas, le paiement éteint l'obligation : les autres cofidéjusseurs se trouvent libérés par là même, et par conséquent on ne peut concevoir une division qui interviendrait postérieurement (Troplong, n° 298 ; Pont, n° 204).

Ce n'est pas tout : il peut arriver que, même avant le paiement, certains actes du cofidéjusseur saisi impliquent d'une façon certaine une renonciation virtuelle à son droit d'opposer le bénéfice de division : les tribunaux auront à apprécier les différentes circonstances et se prononceront d'après les faits.

Dans le cas des poursuites judiciaires, la caution saisie opposera son exception soit de suite sur le commandement, soit plus tard au moyen d'un exploit d'huissier.

Supposons maintenant que le créancier n'exerce contre la caution ni poursuites judiciaires, ni poursuites extrajudiciaires. La caution peut-elle, dans ces conditions, faire elle-même la division, offrir sa part au créancier et le forcer à la recevoir ? Il faut répondre négativement. Dans son rapport au Tribunat, M. Chabot s'exprimait ainsi : « La division ne peut être demandée qu'après que l'action a été formée par le créancier

et jusqu'à ce qu'elle soit demandée, toutes les cautions restent responsables des insolvabilités de chacune d'elles » (Fenet, t. XV, p. 55).

Il est facile de comprendre les raisons pour lesquelles cette solution doit être approuvée. En effet, supposons que, avant toute poursuite, la caution puisse diviser la dette et offrir sa part, le créancier se trouve, par ce paiement partiel, subir un double préjudice : il pourrait tout d'abord, sans cette offre, poursuivre pour le tout le débiteur principal, et par conséquent ne pas diviser son action ; en second lieu, il pourrait poursuivre, également pour le tout, chacun des cofidėjusseurs et réussir dans sa demande, si le cofidėjusseur poursuivi n'invoque pas le bénéfice de division.

D'autre part, si le créancier n'agit pas, la caution a d'autres moyens de se libérer que celui qui consiste à diviser elle-même et à offrir sa part, moyen que nous n'admettons pas. Elle peut payer, après que la dette est devenue exigible, cette dette tout entière et recourir contre les autres obligés qui sont les autres cautions et le débiteur principal.

En résumé, le bénéfice de division ne peut être invoqué qu'au cas de poursuites dirigées par le créancier et la caution ne peut, dans le but de prévenir les poursuites, lui offrir sa part dans la dette (Dumoulin, *De divid.*, part. 2, n^{os} 54 et suiv. ; Pothier, n^o 535).

SECTION IV

DES EFFETS DU BÉNÉFICE DE DIVISION — DE LA DIVISION VOLONTAIRE

§ 1. *Des effets du bénéfice de division.*

Le juge prononçant, lorsque la caution le demande, la division de la dette entre les cofidéjusseurs solvables, le bénéfice que nous étudions a pour effet de restreindre la demande que le créancier forme contre la caution à la seule part de cette dernière.

La conséquence principale qui découle de ce principe est la suivante : supposons que l'un des fidéjusseurs, entre qui la dette a été divisée, devienne insolvable depuis le moment où cette division a été prononcée, cette solvabilité retombera sur le créancier, tandis qu'avant la division elle eut été répartie sur toutes les cautions solvables (art. 2026).

§ 2. *Division volontaire.*

Chaque caution, on l'a vu plus haut, est en principe tenue de la totalité de la dette : le créancier ne doit

diviser ses poursuites que si la caution le demande, et il y trouve cet avantage qu'il n'a pas à diviser ses poursuites. Mais par là même que c'est un avantage que la loi lui accorde, on conçoit de suite qu'il est libre d'y renoncer. Nous devons dire quelques mots de cette renonciation. Nous n'avons pas à nous occuper de la renonciation expresse; mais la loi nous donne un exemple de renonciation tacite qu'il faut étudier en terminant.

Nous l'avons dit au début, l'art. 2027 dispose que si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables.

Ainsi donc, quand le créancier divise volontairement son action, il est censé renoncer à la faculté qu'il a de poursuivre pour le tout, à son gré, chacun des cofidéjusseurs.

Mais n'y a-t-il pas contradiction entre notre art. 2027 et l'art. 1211 du Code civil? L'art. 1211 s'exprime de la façon suivante : « Le créancier qui reçoit divisément la part de l'un des débiteurs, sans réserver dans la quittance la solidarité ou ses droits en général, ne renonce à la solidarité qu'à l'égard de ce débiteur. Le créancier n'est pas censé remettre la solidarité au débiteur lorsqu'il reçoit de lui une somme égale à la portion dont il est tenu, si la quittance ne porte pas que c'est *pour sa part*. Il en est de même de la simple

demande formée contre l'un des codébiteurs *pour sa part*, si celui-ci n'a pas acquiescé à la demande, ou s'il n'est pas intervenu un jugement de condamnation. » En d'autres termes, la division est-elle parfaite, par le fait seul de la demande, sans qu'il y ait besoin d'un jugement ou d'un acquiescement quelconque (2027); ou bien faut-il de plus que la caution ait acquiescé ou qu'elle ait été condamnée (art. 1211)? Cette dernière condition ne nous semble pas nécessaire, car bien que, en principe, les cautions soient tenues de toute la dette, elles ne sont pas pour cela des codébiteurs solidaires, et c'est seulement à ces derniers qu'est applicable l'art. 1211. Il y a donc là, en réalité, deux hypothèses bien distinctes, et il n'est point étonnant qu'elles soient résolues d'une façon différente par la loi : aucune contradiction n'existe donc entre les deux articles que nous avons cités.

D'où il résulte que, si des cautions s'obligent *solidairement*, on devra leur appliquer l'art. 1211, c'est-à-dire décider que si le créancier poursuit une caution pour la part qu'elle devrait payer après la division faite, on ne permettra de dire qu'il y a remise de la solidarité et division de l'action que si le fidéjusseur poursuivi acquiesce ou est condamné.

Nous pensons, du reste, que le créancier n'est censé avoir renoncé totalement à son droit de poursuivre *in solidum* chacune des cautions, que s'il poursuit chaque caution pour sa part. En d'autres termes, les cautions

qu'il n'aurait pas poursuivies pourraient être actionnées pour toute la dette, déduction faite de la portion demandée au fidéjusseur en faveur de qui le créancier aurait renoncé à son droit de poursuite intégrale. On peut d'abord tirer en faveur de cette opinion un argument d'analogie de l'art. 1210 qui dispose que « le créancier qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un des codébiteurs, conserve son action solidaire contre les autres, mais sous la déduction de la part du débiteur qu'il a déchargé de la solidarité. » De plus, et surtout, cette solution résulte de l'art. 2027 lui-même qui parle en termes généraux de la division opérée par le créancier. Il y aurait division, ajoutons-le, non seulement dans le cas où le créancier poursuit toutes les cautions pour leur part, mais encore dans le cas où il les poursuit toutes, moins une.

Il nous reste à rechercher les effets que produit la division volontaire.

Les effets postérieurs à la division volontaire sont identiques à ceux produits par la division forcée, c'est-à-dire qu'après la division faite, aucune caution ne peut être recherchée pour la part d'un cofidéjusseur devenu insolvable.

Il y a, au contraire, des différences dans les effets antérieurs à la division, entre la division forcée et celle que consent volontairement le créancier : quand la division est forcée, celui-ci n'a pas à supporter définitivement les insolvabilités qui peuvent se produire anté-

rieurement à la division; au contraire, le créancier doit subir, quand il a divisé volontairement sa poursuite entre les cofidéjusseurs, les insolvabilités qui ont précédé cette division, et l'art. 2027 est formel sur ce point. La présence de cette solution dans le Code, solution qui s'expliquait à Rome par les effets connus de la *litis contestatio*, nous semble devoir être critiquée.

Et en effet, elle peut avoir ce résultat, injuste à notre sens, de faire perdre au créancier une partie peut-être considérable de sa créance, justement parce qu'il a été bienveillant pour les cautions en ne les poursuivant pas pour le tout, comme la loi lui en laisse, en principe du moins, la faculté ! On arrive en pratique, avec un semblable système, à produire ce résultat, défavorable aux cautions que l'art. 2027 voulait au contraire protéger, que le créancier n'usera jamais de bienveillance envers les cautions, et qu'il ne renoncera jamais, à leur avantage, à son droit de leur demander le montant intégral de leur obligation.

CHAPITRE III

DU BÉNÉFICE DE SUBROGATION

§ 1. *Caractère juridique et effets généraux de la subrogation.*

L'art. 2029 du Code civil est ainsi conçu : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

Si nous nous reportons aux termes de l'art. 1251, nous y trouvons que la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter.

Du rapprochement de ces deux articles, nous concluons immédiatement que l'art. 2029 ne fait qu'accorder d'une façon expresse à la caution un avantage particulier qui lui appartenait déjà d'une manière virtuelle, d'après l'art. 1251, car la caution est bien tenue *pour un autre*.

D'après les principes généraux du droit, on sait que le mode le plus parfait d'extinction d'une obligation est le payement; toute dette payée est, par là même, une dette éteinte; en sorte que, et toute idée de subrogation mise à part, lorsque la caution paye le créancier, la dette que garantissait ce dernier est morte, car on sait aussi que le payement est valablement fait par toute personne.

Il est vrai que si la caution paye, comme elle n'a entendu s'obliger qu'à défaut du débiteur principal, elle a un recours contre ce dernier. Elle peut répéter ce qu'elle a payé pour lui, soit au moyen de l'action de mandat, si elle s'est obligée au su du débiteur ou sur sa prière, soit au moyen de l'action de gestion d'affaires, si elle s'est obligée à son insu. Mais il n'en est pas moins certain que ces deux actions sont des actions nouvelles, et qui n'ont plus qu'un rapport lointain avec l'action qui avait pour but le payement de la dette; en sorte que si, d'après la loi elle-même, le bénéfice de subrogation donne à la caution qui a payé le créancier l'action même que ce dernier avait contre le débiteur principal, on se trouve en présence d'une action à la fois morte et vivante.

Quelle est donc la nature de l'action donnée au subrogé?

Les Romains, on l'a vu, avaient tourné la difficulté en imaginant de dire que ce n'était pas un payement qui intervenait entre le fidéjusseur et le créan-

cier, mais bien une sorte de vente que faisait, de sa créance, le créancier à la caution. Peu à peu l'ancienne subrogation s'est modifiée, et l'on est arrivé à la faire se produire de plein droit, dominé que l'on était ainsi par de puissants motifs d'équité.

Nous l'avons dit, ce sont les rédacteurs du Code qui ont définitivement introduit dans la loi civile la subrogation de plein droit.

« Les principes sur l'importante matière de la subrogation, dit M. Larombière, n'étaient pas fermement arrêtés avant la promulgation du Code. Quelques textes combinés du droit romain, des décisions d'arrêts en contradiction, des opinions d'auteurs en lutte avaient été impuissants à fonder encore des doctrines bien liées, une théorie logique et conséquente. Il y manquait cette unité, cette supériorité de vues, cette puissance de commandement qui ne se retrouve que dans l'œuvre du législateur. Notre ancienne jurisprudence sur ce point, méritait donc tout au plus d'être acceptée en quelque sorte sous bénéfice d'inventaire. Ce qu'elle avait de bon, le Code civil l'a conservé ; ce qu'elle avait de mauvais, il l'a amélioré ; ce qu'elle avait d'inconséquent, il l'a rectifié. Peut-être n'est-ce pas la perfection : c'est du moins le progrès. »

« Quant à la subrogation de plein droit, dit M. Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs, pour justifier l'art. 1251-3°, elle a lieu dans tous les cas où un codébiteur, une caution, et en général tous ceux qui étaient

tenus avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avaient intérêt à l'acquitter. L'équité ne permettrait pas de se prévaloir de ce qu'ils n'ont pas requis la subrogation ; ils en avaient le droit : il ne peut être présumé ni que le créancier, qui eût dû consentir à la subrogation, s'il en eût été requis, ait eu l'intention de ne pas mettre celui qui paye en état d'exercer son recours, ni que le débiteur ait renoncé à un droit aussi important. Cette interprétation doit encore avoir son effet à l'égard des tiers créanciers. Tel avait été le sentiment de Dumoulin, et quoiqu'il fût difficile à concilier avec le texte des lois romaines, il a dû être préféré à l'opinion suivant laquelle la subrogation ne devait être accordée par la loi que dans le cas de refus du créancier, sur la réquisition qui lui en aurait été faite » (Fenet, t. XIII, p. 269).

Mais comment peut-il se faire qu'une obligation soit, à la fois, vivante et morte : vivante, à cause de la subrogation, morte, à cause du paiement ? En d'autres termes, sous le Code civil, quels sont les effets généraux de la subrogation et quelle est sa nature juridique ?

Sur cette question, des systèmes sans nombre ont été proposés ; nous exposerons seulement les principaux.

Premier système. — Une première opinion peut se résumer ainsi : *dans tous les cas la subrogation est un transport-cession de la créance.* Ce ne sont donc pas les sûre-

tés accessoires à la première créance, mais c'est, en réalité, cette créance elle-même, telle qu'elle existait antérieurement, qui passe au subrogé, c'est-à-dire ici au fidéjusseur qui a payé la dette.

C'est ce que nous dit Delvincourt : « La subrogation est, quant à son effet, un véritable transport sans garantie de solvabilité » (t. II, p. 162 et 771). « La subrogation, dit M. Rogron sur l'art. 1249, est la transmission des droits du créancier à une tierce personne qui le paye. C'est donc un changement de créancier qui a lieu sans que la dette soit éteinte. »

Écoutons enfin M. Gauthier : « La subrogation n'opère qu'un changement de personne : la qualité de la dette ne change pas et reste toujours la même... donc, le nouveau créancier est investi de la créance et de tous les droits qui en dépendent, dont l'ancien créancier est réputé lui avoir fait cession » (*Traité de la subrogation de personnes*, n° 41, et p. 32, note 1).

Les partisans de ce système argumentent des textes de Julien et de Paul (L. 17, et L. 36, D., *De fidej.*). Puis, disent-ils, c'était l'opinion de l'ancienne jurisprudence : Dumoulin (*Traité de usuris*, n°s 276 et 277), est très net sur ce point.

Renusson dit de son côté : « L'action du subrogé est la même qu'avait l'ancien créancier qui a été payé : c'est le même droit et la même hypothèque ; le débiteur demeure obligé au nouveau créancier subrogé, de même qu'il l'était à l'ancien qui a été payé ; il n'y a

point mutation de droit, il n'y a que mutation de la personne du créancier » (*De la subrogation*, ch. iv, n° 24).

Enfin Pothier, au n° 66 de son *Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans*, définit la subrogation en ces termes : « La subrogation est une fiction de droit par laquelle le créancier est censé céder ses droits, actions, hypothèques et privilèges à celui de qui il reçoit son dû ».

Les rédacteurs du Code civil, ajoute-t-on, se sont-ils ici écartés de la tradition et de Pothier, leur guide ordinaire? La négative semble certaine : « Si celui qui paye, dit Bigot-Préameneu, se fait subroger, ce n'est plus un paiement, c'est un transport de l'obligation » (Fenet. t. XIII, p. 265).

On le voit, aucune modification, disent les partisans de ce premier système, n'a été apportée par le Code civil à l'état de choses antérieur.

Outre les auteurs précédemment cités, on peut rattacher à cette première opinion : Duranton, t. XII, n° 114; Troplong, *Priv. et Hyp.*, n° 349, et plusieurs décisions de la jurisprudence (Amiens, 9 nov. 1825, *Journal du Palais*, t. III, 1827, p. 44; Bourges, 19 juin 1838, *Journal du Palais*, t. II, 1838, p. 615; Cass., 8 février 1846, Sirey, 46. I. 97).

Deuxième système. — Il peut se formuler ainsi : la première créance est éteinte par le paiement, qui donne naissance à une créance nouvelle, mais telle que

les accessoires ou sûretés qui garantissaient la créance originaire viennent se rattacher à cette seconde créance née du paiement.

Merlin (*Questions de droit*, v° *Subrogation*) nous a conservé une consultation en ce sens, due à M. Grappe, professeur à la Faculté de Droit de Paris, ainsi que les trois décisions judiciaires qui ont sanctionné les arguments insérés dans cette consultation.

M. Grappe, qui argumente en faveur de son opinion de la loi 2, au Code, *De his qui in priorum creditorum locum succedunt*, invoque l'autorité de Loyseau (*Traité des offices*, liv. II, ch. II, n° 9), et celle de Pothier lui-même qui, dans son *Introduction au titre des arrêts et exécutions de la Coutume d'Orléans*, n° 67, s'exprime ainsi : « Lorsque le créancier d'une rente en a reçu le rachat, quoiqu'il ait subrogé à ses droits celui qui a fourni les deniers, néanmoins la rente est véritablement éteinte : en cela la subrogation diffère du transport..., le paiement avec subrogation est un véritable paiement. »

D'autre part, Merlin (*Rép.*, v° *Subrogation*) s'exprime de la façon suivante : « Il faut bien prendre garde de confondre la cession proprement dite avec la subrogation. Et, en effet, y eut-il jamais rien de plus différent? Tous nos livres sont pleins de leurs diversités essentielles : la cession transfère la dette même, la subrogation en transfère seulement quelques prérogatives. Le créancier est garant de la cession : il ne l'est point de la subroga-

tion... En un mot, donner à la subrogation toute la force de la cession, c'est identifier des droits qui n'ont pas le moindre rapport ensemble ».

A ce système se sont ralliés MM. Bugnet (t. I, p. 661, note 2) et Daniel de Folleville (*Des caractères distinctifs du paiement avec subrogation*). Enfin, Marcadé s'exprime ainsi, en commentant les art. 1236 et 1249 : « Si la subrogation était le transport de la créance elle-même, comme d'ailleurs tout paiement opère l'extinction de la dette, il s'ensuivrait que les mots *paiement avec subrogation* signifieraient *suppression avec conservation, transport d'une créance que l'on vient d'anéantir*, tandis qu'ils signifient tout simplement *extinction d'une créance avec transport de ses garanties sur la créance nouvelle qui vient la remplacer* » (t. IV, n° 704).

Troisième système. — En troisième lieu, Toullier distingue non seulement entre la subrogation légale et la subrogation conventionnelle, mais, pour ce qui est de la subrogation conventionnelle, il sous-distingue.

Premier cas. — Supposons que la subrogation conventionnelle soit consentie par le créancier. Dans ce cas, on a affaire à un transport-cession : « Il n'y a pas, dit-il, de différence entre la cession et la subrogation consentie par le créancier. Dans l'usage, lorsque des créanciers cédaient ou transmettaient volontairement à des tiers leurs créances et les droits qui y sont attachés, les notaires, croyant le mot de subrogation plus énergique, l'employèrent indistinctement au lieu du

mot cession. La distinction subtile qu'on a imaginée entre la cession et la subrogation ne se trouve point établie en point de droit par les auteurs qui ont écrit sur la matière ; les mots cession et subrogation sont, suivant les auteurs les plus exacts, des termes synonymes exprimant l'un et l'autre la transmission des droits du créancier ou la succession à ces droits » (t. VII, n^{os} 119 et 127).

Deuxième cas. -- Si la subrogation a lieu par la force seule de la loi, ou bien si elle est conventionnelle, mais consentie par le débiteur, le paiement alors éteint complètement la créance primitive. Mais ces droits éteints sont immédiatement remplacés par des droits absolument semblables. M. Duvergier a adopté complètement l'opinion de Toullier (*De la vente*, n^{os} 227 et 238).

Nous avons exposé quelques-uns des systèmes qui se sont produits sur le caractère juridique de la subrogation afin de faire voir combien une telle question est délicate, et aussi afin de fixer nettement les effets généraux de la subrogation, avant d'en faire l'application à la matière du cautionnement. Voici quelle est l'opinion à laquelle nous croyons devoir nous rallier :

Nous repoussons tous les systèmes précédents ; nous admettons que, dans tous les cas, le paiement avec subrogation constitue une opération *sui generis*, une opération mixte, complexe, à double face.

En d'autres termes, dans les rapports du créancier

subrogeant avec le tiers subrogé après paiement, la subrogation est un paiement; dans les rapports du subrogé avec le débiteur principal, la subrogation est considérée comme une cession-transport (Mourlon, *Subrogation personnelle*, p. 6, 14, 18; Aubry et Rau, t. III, § 324; Larombière, t. III, sur l'art. 1252, n° 7; Colmet de Santerre, t. V, n° 189 *bis*; Demolombe, t. XXVII, n° 325).

Les textes du droit romain et de l'ancien droit, tout d'abord, ne sont pas assez précis pour que l'on puisse en tirer des arguments décisifs en faveur de tel ou tel système. D'autre part, les travaux préparatoires qui ont été invoqués précédemment nous fournissent aussi la phrase suivante de Bigot-Préameneu : « L'obligation est éteinte à l'égard du créancier par le paiement que lui fait une tierce personne subrogée dans ses droits, sans que cette obligation soit éteinte à l'égard du débiteur » (Locré, t. XII, p. 369). Il vaut donc mieux abandonner tous les arguments que pourrait fournir la tradition, et se placer purement et simplement, pour déterminer la nature juridique de la subrogation, devant le Code civil seul. Or, dans ces conditions, nous admettons : 1° que le paiement fait par le subrogé éteint la dette *vis-à-vis du créancier*; 2° que, dans les rapports du débiteur principal et du subrogé, le paiement est une cession, et que l'obligation primitive, par conséquent, n'est pas éteinte *vis-à-vis du débiteur*.

Que se passe-t-il, en effet, lors du paiement? Le

créancier, complètement désintéressé, n'a qu'à disparaître; l'obligation est éteinte par rapport à lui et il n'y a plus qu'à déterminer la situation qui est faite aux deux seules personnes qui restent en présence, le subrogé et le débiteur principal.

Remarquons que celui qui a payé la dette de ce dernier entend avant tout ne pas perdre la somme qu'il a déboursée, et que la loi devait certainement admettre cette solution au nom de la faveur due à la caution. Or, si la subrogation n'avait pour seul effet que de conférer à celle-ci les sûretés accessoires qui étaient attachées à la créance originaire, sans laisser vivre cette créance, elle serait très souvent insuffisante. C'est ainsi que la créance payée par le fidéjusseur pouvait avoir le caractère commercial, tandis que la créance du fidéjusseur contre le débiteur principal peut n'être que civile, et on sait quels sont les avantages de la première créance, au point de vue de la compétence par exemple : si, au contraire, l'action primitive n'était point éteinte, ces derniers avantages appartiendraient à la caution qui les ajouterait aux sûretés accessoires que certains systèmes veulent seulement lui accorder. On peut encore supposer que la créance originaire soit constatée par un titre exécutoire; si on n'accorde au subrogé que les sûretés accessoires, celui-ci peut se trouver privé du bénéfice de voie parée.

Nous n'admettons donc pas que le législateur ait

voulu, par la subrogation, créer à la caution une situation inférieure à celle que le créancier possédait contre le débiteur principal, et nous nous rallions pleinement au système que nous venons d'exposer et qui fut pour la première fois proposé, en 1848, par M. Mourlon, dans son *Traité de la subrogation personnelle*.

Ces idées générales une fois rappelées, venons à l'étude détaillée du bénéfice de subrogation accordé, par la loi, au fidéjusseur. Le Code (art. 2029 et 1251-3°) subroge *de plein droit* la caution aux droits du créancier, en sorte que le bénéfice de la subrogation appartient à la caution, indépendamment de l'action de mandat ou de gestion d'affaires qu'elle peut exercer suivant les cas.

§ 2. *Effets produits par la subrogation entre le créancier et la caution.*

La règle contenue dans l'ancien adage *nemo contra se subrogasse censetur* domine les rapports qui peuvent exister entre le créancier et la caution, au cas où le créancier aurait été incomplètement désintéressé.

Voici quelle est l'espèce : Pierre a prêté 100 à Paul, a reçu une hypothèque comme garantie de ce prêt, et deux cautions, *Primus* et *Secundus*. Au moment fixé pour le paiement, Pierre, le créancier, poursuit une

des deux cautions, *Primus*, par exemple. *Primus* oppose à Pierre le bénéfice de division, et paye 50. *Secundus* devient alors insolvable; Pierre fait vendre l'immeuble de Paul, sur lequel il a reçu hypothèque. Pierre et *Primus*, qui ont tous deux droit à 50 sur cet immeuble, le premier comme créancier de Paul, le second comme subrogé aux droits du premier, seront-ils colloqués sur le prix de l'immeuble au même rang, ou bien Pierre primera-t-il le fidéjusseur subrogé *Primus*? C'est cette dernière solution qui est reconnue d'une façon formelle par l'art. 1252 du Code : *nemo contra se subrogasse videtur*, et cette décision est parfaitement logique dans le système adopté par nous sur la nature juridique de la subrogation, puisque, entre le subrogeant et le subrogé, le paiement partiel intervenu doit être considéré, à tous les points de vue, comme un véritable paiement.

Si, au contraire, le paiement fait par la caution au créancier devait être considéré, dans leurs rapports réciproques, comme une cession-transport, le cessionnaire, ici *Primus*, devrait être colloqué dans l'ordre au même rang que le créancier Pierre. Aussi, n'est-il pas étonnant que les jurisconsultes qui ont admis le premier système que nous avons exposé sur le caractère de la subrogation aient déclaré que la solution donnée par l'art. 1252 était inexplicable; ils ont logiquement tiré la conséquence de leur principe, principe que nous avons rejeté d'ailleurs.

Une seconde hypothèse peut se présenter : Pierre a prêté 100 à Paul, mais par deux contrats différents. Le premier contrat est garanti par une hypothèque; le second contrat est garanti à la fois par un fidéjusseur et par une hypothèque. Mais l'hypothèque qui garantit la seconde créance est inscrite sur le fonds du débiteur *avant* celle qui garantit la première. Le fidéjusseur paye la dette qu'il a garantie, c'est-à-dire la seconde. Il est subrogé. Le créancier fait vendre le fonds. Dans quel ordre doivent être colloqués sur le prix le fidéjusseur qui a payé la seconde dette, et le créancier qui poursuit le payement de la première?

On pourrait invoquer la règle *nemo contra se subrogasse videtur* pour affirmer que le fidéjusseur doit être colloqué après le créancier. Nous pensons, au contraire, que la caution doit être préférée. Il s'agit ici, en effet, de deux dettes différentes, et la règle *nemo etc.*, ne doit s'entendre que de ce qui reste dû au créancier sur la créance acquittée, et non de ce qui, à tout autre titre, peut lui être dû (Renusson, ch. xv, n^{os} 29 et 30; Cass., 27 novembre 1832, Sirey, 33. 1. 117).

Supposons de plus que, pendant l'intervalle qui s'écoule, dans notre hypothèse, entre les deux inscriptions hypothécaires, un tiers ait inscrit une troisième hypothèque : quel serait, dans l'opinion contraire à la solution que nous admettons, l'ordre dans lequel viendraient, sur l'immeuble, le tiers, le subrogé et le créancier?

Il y a des cas où la caution peut avec avantage se servir de son action de mandat ou de gestion d'affaires, sans recourir au bénéfice de subrogation. Supposons, par exemple, que la caution ait garanti une partie seulement de la dette, et qu'elle ait payé cette portion au créancier. Sans se servir de son bénéfice de subrogation, elle pourra recourir contre le débiteur principal en concours avec le créancier, la caution pour ce qu'elle a payé au créancier, le créancier pour ce dont il n'a pas été payé par la caution (Cass., 1^{er} août 1860, Sirey, 61. 1. 366).

Mais il faut bien remarquer avec M. Pont que cette solution ne peut être admise qu'au cas où la caution n'a garanti qu'une partie de la dette. En effet si, ayant payé une partie de la dette, alors qu'elle en a garanti la totalité, elle venait en concours avec le créancier sur les biens du débiteur, elle nuirait à ce créancier, envers qui elle demeure obligée, dont elle doit assurer le paiement, et elle reprendrait ainsi au créancier, d'une manière indirecte, ce qu'elle lui a payé précédemment. Dans ce cas, le concours n'est pas possible.

§ 3. *Effets de la subrogation entre le débiteur principal et la caution subrogée.*

A. Il faut examiner d'abord une question qui est controversée justement parce qu'on n'est pas d'accord sur le caractère juridique de la subrogation.

Supposons que la caution ne paye au créancier qu'une partie de la dette, mais que pourtant le créancier lui donne quittance intégrale; pour quelle somme la caution, en invoquant le bénéfice de subrogation, pourra-t-elle poursuivre le débiteur principal?

Il faut, pour résoudre cette question, savoir ce qu'est l'acte intervenu entre le créancier et la caution. Le créancier peut très bien n'avoir voulu que décharger la caution et se réserver d'agir contre le débiteur principal pour la différence qui existe entre ce qui lui est dû réellement et ce que lui a payé le fidéjusseur. Ou bien il a pu renoncer à toute action contre le débiteur principal en déchargeant la caution.

Ces deux hypothèses seront résolues en fait par les tribunaux.

Premier cas. — Le créancier n'a entendu décharger que la caution. Nous admettons alors, conformément à ce que nous avons dit à la fin du paragraphe précédent, que la caution ne pourrait agir par l'action de mandat ou de gestion d'affaires, contre le débiteur principal, concurremment avec le créancier et, de même, elle ne sera subrogée, contre le débiteur, que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a payé, car le créancier a conservé pour partie l'action de la créance, et même a le droit de se prévaloir, contre cette caution elle-même, du bénéfice de la règle *nemo contra se subrogasse videtur*.

Deuxième cas. — Le créancier, en déchargeant la

caution qui n'a fait qu'un payement partiel, entend ne plus désormais poursuivre le débiteur principal. En un mot, il fait une libéralité en donnant décharge intégrale à la caution. Celle-ci peut-elle agir, pour le tout, en vertu de la subrogation, contre le débiteur; doit-elle n'agir, au contraire, que pour la somme qu'elle a réellement versée entre les mains du créancier?

Un très grand nombre d'auteurs admettent que la caution ne pourra répéter, contre le débiteur principal, que les sommes qu'elle a payées en réalité au créancier (Merlin, *Questions de droit*, v° *Subrogation de personnes*; Marcadé, sur l'art. 1250, n° 3; Ponsot, *Cautionnement*, n° 257; Murlon, *Subrogation*, p. 13; Colmet de Santerre, t. V, n° 187 bis).

Pour les auteurs qui, comme Merlin et Marcadé, ne reconnaissent pas le même caractère juridique que nous à la subrogation, cette solution est logique; elle l'est beaucoup moins pour les autres auteurs qui, on l'a vu, partent, et avec raison selon nous, de cette idée que dans les rapports du subrogé et du débiteur principal, la subrogation équivaut à une cession véritable; or il est certain que, quel que soit le prix payé par le cessionnaire au cédant, le cessionnaire peut exiger du cédé tout le montant de la créance. Il est vrai que ces mêmes auteurs admettent immédiatement, ainsi que M. Demolombe (*loc. cit.*, n° 328), un tempérament considérable à la doctrine qu'ils professent: le

fidéjusseur, disent-ils, pourra demander au débiteur principal la dette tout entière lorsque la volonté du créancier, de transmettre au fidéjusseur la totalité de cette dette, sera exprimée d'une façon certaine. Cette restriction, on le comprend, diminue de beaucoup l'importance pratique du système des auteurs que nous venons de citer et que nous combattons.

Nous croyons qu'il faut combattre leur opinion parce qu'elle est contraire, selon nous, au caractère juridique du paiement avec subrogation, puisque, entre le débiteur et le subrogé, il y a cession.

De plus, notre solution ne semble pas aussi contraire à l'équité qu'on a semblé le dire. Le créancier, par exemple, veut faire une donation à la caution ; celle-ci avait garanti une dette de 100 : elle paye 80 et le créancier lui donne quittance définitive de 100. Pourquoi la caution ne pourrait-elle pas demander 100 au débiteur principal ? Et en quoi le débiteur se trouve-t-il, après le paiement et la quittance, dans une situation plus défavorable qu'auparavant ? Il semble, au contraire, que le titulaire de la créance est désormais une personne qui sera plus bienveillante à son égard, puisque c'est la caution. Il est impossible d'admettre que le débiteur principal bénéficie d'une libéralité qui n'est pas faite en sa faveur.

B. Nous avons dit que le bénéfice de subrogation donne au fidéjusseur la faculté de se prévaloir de toutes les garanties accessoires qui avaient été, dans

le contrat primitif, accordées au créancier; c'est ainsi que les hypothèques ou privilèges sont conservées à la caution.

Mais il est bien certain que la caution ne saurait, avant d'avoir payé la dette cautionnée, être subrogée aux droits et actions du créancier. Par exemple, la caution n'est pas fondée à demander, dans un ordre ouvert sur le prix de vente des biens du débiteur, sa collocation au rang hypothécaire de la dette cautionnée, alors qu'elle n'en a pas payé le montant au créancier (Cass., 19 nov. 1872, Sirey, 73. 1. 193).

C. Si le subrogé peut, en invoquant la subrogation, exercer tous les droits du subrogeant, il ne pourrait pas, en vertu de cette subrogation, exercer plus de droits que le créancier n'en avait lui-même; c'est au moyen des actions de mandat ou de gestion d'affaires qu'il devrait agir pour le surplus. Nous signalons cette distinction qui doit être faite entre les différents titres auxquels le fidéjusseur peut agir, parce que, quelquefois, la confusion a été faite par des auteurs; c'est ainsi que Zachariæ a écrit à tort : « La caution subrogée aux droits du créancier peut, *en vertu de cette subrogation*, répéter contre le débiteur principal tout ce qu'elle a payé en capital, intérêts, dommages et intérêts, frais faits contre le débiteur. »

D. Il nous reste une importante question à examiner : l'étude de la prescription des actions accordées à la caution.

On a vu que, suivant l'opinion qu'on adopte sur la nature juridique du bénéfice de subrogation, le fidéjusseur a, contre le débiteur principal, soit une, soit deux actions.

Ceux qui prétendent que le payement éteint complètement la créance originaire ne peuvent reconnaître à la caution qu'une seule action, celle de mandat ou de gestion d'affaires, sur laquelle se reportent les sûretés accessoires à la créance éteinte ; c'est le système Merlin-Bugnet.

Pour nous qui admettons, au contraire, la persistance de la première action, le fidéjusseur a, contre le débiteur principal, deux actions : l'action personnelle, et celle à laquelle il est subrogé.

Dans le système qui admet une action unique, cette dernière se prescrit par trente ans, conformément aux principes généraux (art. 2262).

Dans notre doctrine, l'action personnelle de mandat ou de gestion d'affaires se prescrit par trente ans, comme dans le système opposé ; mais que faut-il décider relativement à la prescription de l'action à laquelle le fidéjusseur est subrogé ? La prescription commencée en faveur du débiteur principal devrait, semble-t-il, continuer à courir, puisque la caution prend la place du créancier subrogeant. Mais il faut remarquer que, lorsque le créancier poursuit la caution, il interrompt, par là même, la prescription qui court contre lui en faveur du débiteur principal et, par suite, en faveur du

fidéjusseur ; si, par exemple, la prescription est de cinq ans et qu'elle coure depuis trois ans, elle recommencera à courir pour cinq ans à partir du jour où le créancier poursuit le fidéjusseur, à cause de l'interruption qui se produit à ce moment. Donc si le fidéjusseur paye sur ces poursuites, l'action de la caution subrogée sera possible pendant cinq années par suite de cette interruption.

En résumé, le fidéjusseur aura intérêt à intenter contre le débiteur principal tantôt son action personnelle, tantôt l'action primitivement accordée au créancier. Cette dernière a cet avantage d'être garantie par des sûretés accessoires particulières ; elle a cet inconvénient qu'elle peut durer moins longtemps que l'action née en la personne même de la caution (Troplong, *Traité de la prescription*, t. II, n° 1034).

Telle est notre opinion, mais elle n'est pas conforme à celle de plusieurs auteurs qui, pourtant, admettent les principes que nous avons adoptés sur le caractère juridique de la subrogation. Ces auteurs ont soutenu que le fidéjusseur a toujours trente années pour poursuivre le débiteur principal, quelle que soit l'action qu'il mette en mouvement. En effet, dit-on, après la subrogation, l'action personnelle joue le rôle d'action principale, et l'ancienne action du créancier doit être subordonnée à celle-ci, dont elle n'est que l'accessoire (Mourlon, *Subrogation*, p. 35, 36, 132-136 ; Demolombe, *loc. cit.*, n° 338 et 339).

Au contraire, M. Vazeille a prétendu que l'action personnelle ne devait pas durer plus longtemps, au profit de la caution, que l'action primitive, mais il admet l'interruption de la prescription par la poursuite du créancier (*Traité des prescriptions*, t. II, n^{os} 617 et suiv.). La jurisprudence a condamné cette dernière manière de voir (Cass., 22 janvier 1828, *Journal du Palais*, 1827-1828, p. 1073; Caen, 7 août 1840, *Journal du Palais*, 1841, 1, 122).

§ 4. *Effets de la subrogation légale entre la caution d'un débiteur solidaire subrogé et les codébiteurs dont cette caution n'a point garanti la dette.*

Lorsqu'un fidéjusseur a garanti des débiteurs conjoints, la subrogation ne lui permet de faire que ce qu'eût pu faire le créancier lui-même, c'est-à-dire d'attaquer chacun des débiteurs conjoints pour la part qu'il doit supporter dans la dette. Ce cas ne donne lieu à aucune difficulté.

Supposons maintenant les codébiteurs solidairement tenus de la dette. Deux cas peuvent se présenter :

PREMIER CAS. — *La caution veut se servir de son action personnelle.* — Si elle a garanti tous les codébiteurs solidaires, elle peut recourir contre tous ces co-

débiteurs, et pour le tout. A-t-elle garanti, au contraire, un seul codébiteur, elle pourra seulement agir pour le tout contre ce codébiteur et n'exercera, contre les autres, que l'action partielle de celui qu'elle a cautionné.

DEUXIÈME CAS. — *La caution veut exercer l'action du créancier qui l'a, après paiement, subrogée dans ses droits.* — Dans ce cas le fidéjusseur peut-il agir pour le tout contre chaque débiteur, comme eût pu faire le créancier, alors même qu'elle n'aurait pas garanti la dette de tous les codébiteurs solidaires ?

On a prétendu qu'elle pouvait agir pour le tout contre le codébiteur qu'elle n'avait pas cautionné. On tire argument, pour soutenir cette opinion, des travaux préparatoires du Code. Voici quelle était la rédaction communiquée au Tribunat : « La caution a, pour le recours, les mêmes actions et le même privilège de subrogation que la loi accorde aux codébiteurs solidaires. » Le Tribunat proposa la rédaction suivante qui devint l'art. 2029 : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. »

D'après la rédaction du projet, disait le Tribunat, il semblerait qu'il y a parité de situation entre la caution et le codébiteur solidaire ; ce qui n'est pas exact. La caution doit pouvoir demander au débiteur la totalité de la dette. Le coobligé solidaire doit déduire sa part de ce qu'il peut demander à son coobligé.

On conclut de ce changement opéré à la demande du Tribunal que la loi a entendu que, à la différence du codébiteur solidaire, le fidéjusseur fût subrogé à *tous les droits* du créancier, et parmi ces droits figure celui de poursuivre pour le tout n'importe quel codébiteur (Marcadé, t. IV, n^{os} 717 et suiv. ; Gauthier, *loc. cit.*, n^o 433).

Nous réfuterons cette solution en remarquant que l'art. 2030, qui vise le cas où il existe plusieurs codébiteurs solidaires, est absolument contraire à la doctrine que nous venons d'exposer. Sans distinguer, en effet, s'il s'agit de l'action personnelle ou de l'action du créancier, l'art. 2030 nous dit que lorsqu'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, un recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

L'argument *a contrario* qu'on déduit immédiatement des termes de cet article, nous conduit à décider que la caution ne peut poursuivre pour le tout le codébiteur solidaire qu'elle n'a pas cautionné.

§ 5. *Effets de la subrogation entre les cofidéjusseurs.*

L'art. 2033 dispose de la façon suivante : « Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur

pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion. Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article 2032 ».

Quelle est d'abord la base du recours, accordé au fidéjusseur qui a payé, contre ses cofidéjusseurs ?

D'après Zachariæ, ce recours a sa base dans la subrogation légale dont nous avons parlé précédemment. D'après Pothier, ce recours découle d'une gestion d'affaires faite, par celui qui a payé, en faveur des autres cautions. Nous avons admis que le fidéjusseur avait une action personnelle et aussi l'action originaire du créancier ; nous pouvons donc admettre et l'opinion de Zachariæ et celle de Pothier (Troplong, *loc. cit.*, n° 421).

Si, avec Pothier, nous admettons que le recours de la caution contre ses cofidéjusseurs trouve sa base juridique dans une *negotiorum gestio*, la répartition qu'ordonne l'art. 2033 est rationnelle ; mais si nous adoptons aussi l'idée d'une subrogation légale, on doit conclure, semble-t-il, que la caution a, contre chacun des cofidéjusseurs, une action pour le tout, puisqu'elle possède un droit aussi étendu que celui du créancier. Cette solution, qui eut été logique, aurait fait naître de grandes difficultés pratiques : le législateur l'a écartée, car elle eut produit un circuit d'actions (Comp. article 1214).

C'est aussi pour éviter ce circuit d'actions que nous déciderons que la caution ne pourrait pas poursuivre pour le tout chacun de ses cofidėjusseurs, au moyen d'une subrogation *conventionnelle* consentie en ce sens par le créancier subrogeant. La théorie contraire due à Toullier (t. VII, n° 133) est abandonnée aujourd'hui. Ainsi les cofidėjusseurs contribuent à la dette, pour leur part et portion seulement, alors même que la caution qui a remboursé s'est fait subroger expressément aux droits du créancier (Aubry et Pau, t. IV, § 428, p. 692).

§ 6. *Quels sont les effets de la subrogation dans les rapports du tiers détenteur et de la caution.*

Supposons que la caution paye le créancier; supposons, de plus, que, parmi les différentes sûretés accessoires qui garantissaient la dette, se trouve une hypothèque : un immeuble peut avoir été hypothéqué par le débiteur principal, puis aliéné par ce dernier; quelle va être la situation du tiers détenteur par rapport au fidėjusseur subrogé? On peut imaginer encore que l'hypothèque ait été fournie par un tiers qui a seulement voulu engager son immeuble : quels vont être les rapports de la caution réelle et du fidėjusseur qui a payé? Telles sont les deux questions qui doivent être successivement examinées.

Première hypothèse. — L'hypothèque a été concédée par le débiteur principal sur l'un de ses immeubles, aliéné postérieurement. La caution est-elle subrogée contre le tiers détenteur, ou, au contraire, ne peut-elle exercer le droit hypothécaire du créancier?

Deux opinions sont ici en présence. Dans un premier système, on soutient que le droit hypothécaire du créancier ne peut être exercé par la caution.

Aux termes de l'art. 2170 du Code civil, en effet, le tiers détenteur, qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable, selon la forme réglée au titre du cautionnement : pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué ; on affirme, dès lors, que, s'il est exact de considérer, dans ses rapports avec le débiteur principal, la caution comme un obligé accessoire, il faut admettre que, dans ses rapports avec le tiers détenteur, elle est un débiteur principal : « Dans la bouche des jurisconsultes, dit M. Troplong, les mots *obligés principaux* ont toujours compris les cautions, alors qu'il s'est agi de dessiner la différence de position qui existe entre le débiteur tenu *re tantum* et ceux qui ont contracté un engagement personnel ; le fidéjusseur est, par rapport au tiers détenteur, un

obligé personnel, parce que le lien personnel, qui est le lien principal, l'enchaîne invinciblement, tandis que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'est jamais tenu qu'à titre d'accessoire » (Troplong, *Cautionnement*, n° 429). « Cette opinion est non seulement la plus générale, mais elle a encore pour elle l'autorité des noms les plus vénérés, les Favre, les Loyseau, les Pothier » (Troplong, *ibid.*).

Supposons, ajoute-t-on, que ce soit le tiers détenteur qui paye le créancier; il sera alors subrogé aux droits que possède le créancier, et contre le débiteur principal, et contre les cautions (art. 1251-3° et 1252 combinés); en vertu de cette subrogation il pourra agir pour le tout, puisqu'il ne contribue pas pour sa part, à défaut du créancier, au paiement de la créance; c'est donc le tiers détenteur qui a une action contre la caution, et non la caution qui peut agir contre le tiers détenteur.

Nous rejetons ce système; nous pensons que la caution pourra se prévaloir, contre le tiers détenteur, du bénéfice de subrogation. Elle a payé, en effet, alors qu'elle était tenue pour d'autres; elle est subrogée, en conséquence, aux droits du créancier (art. 1251-3°); elle peut donc agir hypothécairement contre le tiers détenteur, comme l'eût pu faire le créancier.

De plus, l'argument tiré de l'art. 2170 est sans valeur, puisque nous rencontrons partout l'expression *obligé principal* comme servant à désigner la personne

dans l'intérêt de qui la dette a été contractée : les mots *obligés principaux* ne désignent jamais, à la fois, le débiteur principal et la caution (Comp. art. 1287 et suiv., 2022 et suiv., 2030 et suiv.).

D'autre part, si la combinaison des art. 1251-3° et 1252 donne au tiers détenteur qui a payé une action contre la caution, un raisonnement identique permettrait d'accorder à la caution une action contre le tiers détenteur. Cet argument du premier système doit donc être écarté.

D'ailleurs ajoutons que la caution, lorsqu'elle s'est obligée, a dû compter sur l'hypothèque que le débiteur avait consentie sur son fonds, fonds qui est sorti du patrimoine de ce débiteur principal, sans que le fidéjusseur ait pu l'empêcher.

Nos anciens auteurs se sont prononcés en faveur de la première solution, cela est vrai ; mais depuis qu'ils ont écrit, le grand principe de la publicité a été introduit dans notre régime hypothécaire et apporte un argument de plus à notre système : le tiers acquéreur, en effet, pouvait, en recevant le fonds du débiteur principal, connaître l'hypothèque dont cet immeuble était grevé. S'il l'a acquis à titre onéreux, il avait la ressource de la purge, et ne devait pas payer sans purger ; s'il l'a acquis à titre gratuit, il ne peut s'enrichir au profit du fidéjusseur. En résumé, dans ce premier cas, la caution qui a payé peut exercer, contre le tiers dé-

tenteur, le droit hypothécaire du créancier, en vertu de son bénéfice de subrogation.

Deuxième hypothèse. — Le tiers détenteur de l'immeuble est une caution réelle; le fidéjusseur paye : quels sont ses droits contre la caution réelle, lorsque le débiteur principal est insolvable : cette insolvabilité reste-t-elle, en définitive, à la charge de la caution personnelle, ou doit-elle être supportée en partie par la caution réelle ? Pour simplifier le raisonnement, nous ne supposerons ici qu'une seule caution réelle en présence d'un seul fidéjusseur.

Dans un premier système, en cas d'insolvabilité du débiteur, c'est la caution seule qui doit supporter tout le fardeau de cette insolvabilité : « *Secundus* (la caution réelle) n'a contracté aucun engagement personnel ; il n'était donc pas tenu de purger ; *Primus* (le fidéjusseur), en payant, n'a donc pas géré son affaire et, par suite, n'a contre lui ni l'action directe, ni l'action utile de gestion d'affaires. *Primus* ne peut pas se prévaloir de l'art. 1251-1°, pour se prétendre subrogé au créancier dans le droit d'agir sur l'immeuble hypothéqué, car les obligés personnels sont liés plus étroitement que les obligés *re tantum*, ces derniers n'étant tenus qu'à défaut des débiteurs personnels (art. 2170). *Secundus* n'a engagé sa chose que pour sûreté de l'engagement personnel ; quand cet engagement a été rempli, la chose est immédiatement libérée. L'extinction de la dette principale emporte l'extinction de la dette

accessoire. Si *Secundus* eût payé, il aurait eu un recours contre les cautions, en vertu de la subrogation légale dans les droits du créancier (art. 1251-3° et 1252). Cette subrogation ne peut être diminuée par aucune part à lui personnelle, puisqu'il n'est pas obligé personnellement » (Troplong, *Cautionnement*, n° 427).

Contrairement à cette opinion, nous pensons que la caution réelle peut, en principe, être poursuivie par le fidéjusseur qui a payé.

En effet, s'il est vrai de dire que le tiers détenteur, caution réelle, peut, en délaissant, se soustraire à l'obligation de payer, il est certain qu'il est tenu, s'il ne délaisse pas, puisqu'il sera exproprié (art. 2168). Si donc le fidéjusseur paye, il a fait l'affaire de la caution réelle, et peut exercer contre lui, par conséquent, une action de gestion d'affaires.

D'ailleurs le fidéjusseur qui a payé est subrogé aux droits du créancier, et parmi ces droits figure celui de poursuivre la caution réelle. L'étendue de l'obligation du fidéjusseur n'est pas la même, cela est vrai, que celle de la caution réelle, mais si l'obligation du fidéjusseur porte sur tous ses biens, elle peut être inefficace par suite de l'insolvabilité de ce fidéjusseur, insolvabilité qui surviendrait ultérieurement; tandis que l'obligation de la caution réelle, moins vaste peut-être, n'en est pas moins plus précise et plus certaine, puisque rien ne peut enlever au créancier cette sûreté par

ticulière. On ne peut donc argumenter ici de la différence d'étendue qui existe dans l'obligation des débiteurs accessoires.

Cette solution générale une fois admise, il faut en faire l'application. Nous appellerons *Primus* le fidéjusseur, et *Secundus* la caution réelle, et nous dirons que l'insolvabilité du débiteur principal doit être supportée contributoirement par *Primus* et *Secundus*, c'est-à-dire que si *Primus* paye, il aura un recours contre *Secundus*. Mais comment répartir cette contribution de *Primus* et de *Secundus*? M. Ponsot voudrait que ceux-ci fussent tenus chacun pour une part virile, car il est bien difficile de concevoir une autre répartition : « Il est équitable, dit-il, que le fonds hypothéqué à la dette d'autrui, tenu de toute la dette comme la caution personnelle, en supporte la charge comme elle. »

Nous ne pouvons admettre ce système, applicable, selon nous, au seul cas où l'hypothèque accordée sur le fonds par la caution réelle est suffisante à éteindre la totalité de la dette. Il faut plutôt, lorsque cette dernière condition n'est pas remplie, proportionner la contribution de *Primus* et de *Secundus* aux diverses chances de perte que peuvent invoquer les deux cautions. Un exemple fera comprendre notre pensée : supposons que *Secundus* ait affecté à une dette de 20,000 une hypothèque sur un immeuble qui ne vaut que 5,000. La seule perte possible pour *Secundus* est de 5,000,

c'est-à-dire du quart de la dette : *Primus* devra donc en supporter les trois quarts (Aubry et Rau, t. III, § 321, note 62).

§ 7. *Cas particulier de l'art. 2037.*

Aux termes de l'art. 2037, la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution : « Il faut décider, disait déjà Pothier, que lorsque le créancier s'est mis par son fait hors d'état de pouvoir céder ses actions au fidéjusseur, soit contre le débiteur principal, soit contre les autres fidéjusseurs, soit parce qu'il les a déchargés, soit parce qu'il a par sa faute laissé donner congé de sa demande contre eux, le fidéjusseur peut *per exceptionem cedendarum actionum*, faire déclarer le créancier non recevable en sa demande, pour ce qu'aurait pu procurer au fidéjusseur la cession des actions que le créancier s'est mis hors d'état de pouvoir lui céder » (*Traité des obligations*, n° 577).

La justification de cet art. 2037 est facile : le fidéjusseur peut bien exiger du créancier qu'il apporte une certaine vigilance dans la conservation des sûretés accessoires qui doivent lui être accordées après paiement, puisque, au fond, elle rend un service non seu-

lement au débiteur principal, mais encore au créancier lui-même.

Sur cet art. 2037 nous avons à examiner un certain nombre de questions importantes.

A. Quelles sont les cautions qui peuvent invoquer le bénéfice de l'art. 2037 ?

On a voulu refuser ce droit aux cautions solidaires, et ne l'accorder qu'aux cautions simples. C'est l'opinion de Troplong qui est parti de ce principe, inexact d'après nous, que l'obligation, pour le créancier, de conserver ses actions à la caution, n'était qu'un corollaire du bénéfice de discussion; que cette corrélation entre les bénéfices d'ordre et de cession d'actions daterait, dans le droit, de la Novelle IV, et que c'est là qu'il faudrait chercher l'origine de l'art. 2037. Donc, dit Troplong, puisque la caution solidaire, par là même qu'elle est solidaire, renonce au bénéfice de discussion, elle ne peut prétendre au bénéfice de l'art. 2037, qui se rattache d'une manière très étroite au premier.

Comme la Novelle IV de Justinien ne contient aucune trace de l'assimilation établie par Troplong, nous ne pouvons admettre l'exactitude du point de départ de son raisonnement et, par conséquent, nous repoussons ce raisonnement tout entier. Nous pensons que, comme la caution simple, la caution solidaire peut se prévaloir du bénéfice de l'art. 2037.

La caution, en effet, quoique solidaire, n'en reste

pas moins une caution, un débiteur accessoire, et l'art. 2037 ne fait en aucune façon la distinction que l'on a cherché à établir entre la caution simple et la caution solidaire; il se contente de prononcer la déchéance contre le créancier qui ne peut plus subroger la caution à ses droits; et si l'on ajoute que la subrogation (art. 2029) est accordée aussi bien à la caution solidaire qu'à la caution simple, on est bien forcé de convenir que, si le législateur avait voulu priver la caution solidaire de la valeur édictée par l'art. 2037, il l'eût dit.

Dans ce sens il a été jugé que l'art. 2037 du Code civil s'applique à la caution solidaire comme à la caution simple, mais que la caution n'est fondée à invoquer le bénéfice de cet article qu'autant que le fait par elle imputé au créancier lui a réellement porté préjudice (Pau, 21 janv. 1884, Dalloz, 85. 2. 77).

La caution *réelle* doit-elle être assimilée, quant au droit d'invoquer l'art. 2037, aux autres cautions?

L'art. 2037 est général, dit-on dans un premier système suivi par MM. Mourlon et Aubry et Rau; l'article 2037 doit donc s'appliquer à la personne qui hypothèque son fonds pour la dette d'autrui; d'ailleurs la caution réelle a pris en considération, en s'obligeant, les sûretés accessoires qui ont été données au créancier; elle peut donc s'en prévaloir, et demander sa décharge si on ne peut les lui fournir au moyen de la subrogation.

L'opinion contraire est soutenue par M. Troplong, qui rattache toujours l'art. 2037 au bénéfice de discussion, et estime que, l'art. 2171 écartant le bénéfice de discussion de la procédure d'expropriation, notre article ne s'applique pas à la caution réelle.

Nous adoptons l'opinion de M. Troplong, mais pour des motifs tout différents : l'art. 2037, dirons-nous, est placé au titre du *cautionnement personnel* ; or le cautionnement *réel* n'est pas le cautionnement tel que l'art. 2041 l'a défini.

C'est en vertu de ce dernier argument que nous n'admettons pas que le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué par la caution réelle puisse invoquer contre le créancier le bénéfice de l'art. 2037. Mais nous devons faire remarquer que plusieurs auteurs, M. Ponsot entre autres, argumentent de la généralité des termes de l'art. 2038 pour accorder au tiers détenteur la faveur que nous lui refusons.

B. *Quelles sont les sûretés dont parle l'art. 2037 ?*

La loi, en principe, comprend ici toutes les sûretés accordées au créancier, et auxquelles le fidéjusseur pourrait être subrogé. En d'autres termes, si le créancier renonce à un gage, à une hypothèque, à son droit de poursuivre l'une des cautions, etc., les sûretés accessoires qu'il avait reçues disparaissent, ou se trouvent tout au moins diminuées ; dans cette situation, un fidéjusseur peut invoquer l'art. 2037 qui le décharge de son obligation accessoire.

Mais le créancier peut seulement renoncer à quelques-unes des sûretés accessoires qu'il a reçues, en sorte que la subrogation est possible pour partie, impossible également pour partie : comment faut-il alors appliquer l'art. 2037 ? La caution est-elle complètement déchargée, ou, au contraire, n'est-elle déchargée que jusqu'à concurrence du préjudice que lui fait éprouver le créancier en renonçant, pour partie, à ses sûretés accessoires ?

Nous adopterons, sans hésiter, cette dernière solution. L'équité serait blessée si, argumentant des termes généraux de l'art. 2037, on assimilait la perte partielle à la perte totale des sûretés et, si le dommage éprouvé par la caution est assez difficile à évaluer, les tribunaux, cependant, peuvent fixer en fait ce préjudice subi. Un arrêt de la Cour de Toulouse du 2 janvier 1823 (Sirey, 1823. 2. 118) est absolument conforme à cette interprétation.

Supposons, à titre d'exemple, que la sûreté à laquelle le créancier a renoncé n'en était pas une, en réalité, en ce sens que, sans aucune controverse, elle était absolument inefficace entre les mains du créancier comme entre les mains d'un subrogé quelconque ; dans ces conditions, la caution pourrait-elle demander sa décharge complète en invoquant l'exception de l'art. 2037 ? Pourrait-elle même demander sa décharge partielle ? Nous ne le pensons pas, et nous croyons que

cette réponse est incontestablement conforme à la véritable pensée de la loi.

Il peut arriver que, postérieurement au moment où le cautionnement est intervenu, le créancier ait acquis des sûretés nouvelles, puis qu'il ait, par son fait, perdu ces dernières sûretés. La caution peut-elle invoquer l'art. 2037 de ce chef? Il s'est élevé sur ce point une vive controverse.

On a prétendu que l'art. 2037, ne faisant aucune distinction, il fallait, quelles que fussent les sûretés perdues par le créancier, accorder à la caution le bénéfice de l'art. 2037, et cette solution admise par MM. Ponsot, Troplong, Gauthier et Duranton, a été sanctionnée, en jurisprudence, par la Cour de Caen (Arrêt du 18 mars 1828, Sirey, 1828. 2. 121).

Déjà, dans notre ancien droit, on repoussait ce système : Pothier, Basnage et Dumoulin professaient l'opinion opposée, et nous pensons que leur avis doit prévaloir encore aujourd'hui. La caution subrogée bénéficiera bien des sûretés accordées au créancier postérieurement au cautionnement, lorsqu'elles existeront encore : cela est certain ; mais si elles ont cessé d'exister, nous ne voyons pas en quoi la caution peut se prétendre lésée, puisqu'elle n'avait pas le droit de compter sur ces sûretés postérieures. Cette opinion est, dans la doctrine, défendue par MM. Pont, Mourlon, Aubry et Rau ; nous pouvons aussi citer un arrêt en ce

sens (Cass., 27 novembre 1861, *Journal du Palais*, 1862, p. 639).

Dans le même ordre d'idées, nous ne pouvons qu'approuver la jurisprudence lorsqu'elle décide que l'article 2037 ne s'applique pas lorsque le créancier, sans laisser s'éteindre les sûretés qu'il a reçues, néglige d'en acquérir de nouvelles (Pau, 25 août 1851, Sirey, 1852. 2. 29; Cass., 8 mai 1861, Sirey, 1861. 1. 582).

C. *Quels sont les actes du créancier qui entraînent décharge de la caution ?*

On sait qu'il existe deux sortes de fautes : l'une, appelée *culpa in committendo*, l'autre, *culpa in omitendo*. La caution est-elle déchargée par ce fait que soit l'une, soit l'autre de ces deux fautes ont entraîné la perte de la sûreté, ou bien le créancier ne supportera-t-il la déchéance de l'art. 2037 que dans le cas d'une *culpa in committendo* ? Étant donné que tout le monde est d'accord pour déclarer que le créancier est responsable, vis-à-vis du fidéjusseur, des sûretés qu'il est venu à perdre par un fait positif, faut-il décider de même relativement aux sûretés qui ont péri par une simple négligence de sa part ?

La négative, dans notre ancien droit, était, par une raison d'équité, adoptée par Pothier (Comp. M. Labbé, *Journal du Palais*, 1860, p. 431).

Nous ne croyons pas cette opinion fondée : « La caution, dit en effet l'art. 2037, est déchargée lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer par le fait du créan-

cier. » Le Code ne fait pas la distinction entre un acte positif et une abstention de ce même créancier. D'ailleurs, il suffit de relire ici l'art. 1383 du Code civil : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par son imprudence *ou par sa négligence*. » En définitive, nous concluons que l'art. 2037 doit s'appliquer, quelle que soit la faute que le débiteur ait commise, alors que cette faute a eu pour effet de diminuer ou d'éteindre les sûretés accessoires et efficaces dont le fidéjusseur avait le droit d'user, en invoquant son bénéfice de subrogation.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. Le fidéjusseur ne peut exiger du créancier que les actions telles que celui-ci les possède au moment où il a été désintéressé.

II. Le créancier doit d'abord actionner le débiteur principal, avant de s'adresser au *fidejussor indemnificatus*.

III. L'exception *si non et illi solvendo sint* une fois établie par le fidéjusseur, le juge doit non pas absoudre le défendeur, mais le condamner à payer seulement sa part.

IV. La *fidejussio indemnificatus*, même après que Justinien eut introduit dans la législation romaine le bénéfice de discussion, n'en conserva pas moins une certaine utilité.

DROIT CIVIL

I. La caution, même en matière commerciale, peut invoquer le bénéfice de discussion.

II. La caution qui n'est intervenue que pour l'un de plusieurs débiteurs solidaires ne peut demander la discussion de ceux des débiteurs qu'elle n'a pas cautionnés.

III. La division n'ayant lieu qu'entre personnes solvables, il faut, à ce point de vue, assimiler l'incapacité à l'insolvabilité.

IV. Dans les rapports du créancier subrogeant avec le tiers subrogé après paiement, la subrogation est un paiement; dans les rapports du subrogé avec le débiteur principal, la subrogation est une cession-transfert.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. La *deductio in domum mariti* n'était pas indispensable pour la validité des *justæ nuptiæ*, qui se formaient *solo consensu*.

II. La fidéjussion contractée *in durio rem causam* est nulle pour le tout.

III. Lorsqu'une chose était hypothéquée à la fois en premier et en troisième ordre à un même créancier, celui qui avait sur la chose une hypothèque d'un

rang intermédiaire n'était pas obligé, pour exercer le *jus offerendæ pecuniæ*, de payer au premier le montant de ses deux créances.

IV. Entre deux hypothèques portant sur les biens à venir, il y aura concours sur les biens acquis après la constitution, encore que les deux hypothèques aient été constituées à des dates différentes.

DROIT CIVIL

I. La possession d'état ne prouve pas la filiation naturelle.

II. Le successible qui a été condamné comme héritier pur et simple conserve, au regard de toute personne autre que celle qui l'a fait condamner, la faculté d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire ou de la répudier.

III. L'art. 901 du Code civil déroge à la règle générale posée dans l'art. 504.

IV. L'enfant naturel peut être reconnu après sa mort, lors même qu'il ne laisse pas de postérité légitime.

DROIT ADMINISTRATIF

I. Les irrégularités commises dans une adjudication de travaux publics peuvent être invoquées par les en-

trepreneurs non adjudicataires qui ont pris part à l'adjudication.

II. Lorsque l'administration a conclu un marché de gré à gré pour des travaux publics qui devaient être adjugés, elle seule a qualité pour invoquer la nullité du marché.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. Le Sénat peut, sans rejeter la loi de finances, rétablir un crédit supprimé par la Chambre des députés.

II. Les traités d'extradition, d'après l'art. 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, ne doivent pas nécessairement être soumis à l'approbation des Chambres.

III. Relativement à la responsabilité ministérielle, c'est le Sénat qui doit qualifier les peines encourues.

DROIT DES GENS

I. L'extradé a le droit d'invoquer les irrégularités commises dans le pays requérant, mais non celles qui ont été commises dans le pays requis.

II. Si le fait pour lequel l'extradition a été obtenue change de qualification pendant l'instance, il faut obtenir de nouveau l'autorisation du pays requis, et ne pas apprécier la culpabilité d'après la première qualification.

SCIENCE FINANCIÈRE

I. La rente du sol n'étant que le revenu des capitaux d'une foule de générations, les terres ne doivent pas être surtaxées.

II. L'impôt foncier doit être établi sur la valeur en capital de la terre.

Vu par le Président de la Thèse,

HENRY MICHEL.

Vu par le Doyen de la Faculté,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	PAGES
Conditions générales sur le cautionnement.	5
Diverses formes du cautionnement.	8
CHAPITRE I ^{er} . — Bénéfices des lois Apuleia et Furia . .	15
CHAPITRE II. — Du bénéfice de cession d'actions. . .	19
<i>Section I.</i> — Conditions de la cession d'actions. . .	20
<i>Section II.</i> — Effets de la cession d'actions . . .	27
CHAPITRE III. — Du bénéfice de division	38
<i>Section I.</i> — Qui peut invoquer le bénéfice de divi- sion	41
<i>Section II.</i> — Comment le bénéfice de division est- il invoqué?	54
CHAPITRE IV. — Du bénéfice de discussion	60
<i>Section I.</i> — Législation antérieure à Justinien. . .	60
<i>Section II.</i> — Législation de Justinien	67
§ 1. Quelles personnes peuvent invoquer le bé- néfice de discussion?	69
§ 2. Comment et sous quelles conditions le bé- néfice est-il invoqué?	71
§ 3. Effets du bénéfice de discussion	72
APPENDICE: — Application au « <i>mandatum pecuniæ cre-</i> <i>dendæ</i> » et au constitut des bénéfices de cession d'ac- tions, de division et de discussion.	75

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION	85
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Du bénéfice de discussion.</i>	93
<i>Section I.</i> — Quelles sont les personnes qui peuvent invoquer le bénéfice de discussion	93

	PAGES
<i>Section II.</i> — Exercice du bénéfice de discussion .	103
<i>Section III.</i> — § 1. Effets du bénéfice de discussion .	122
§ 2. Incident relatif au bénéfice de discussion .	123
CHAPITRE II. — <i>Du bénéfice de division.</i> — Généralités .	126
<i>Section I.</i> — Quelles sont les cautions qui peuvent opposer le bénéfice de division	130
<i>Section II.</i> — Entre quelles personnes doit se faire la division	133
<i>Section III.</i> — A quel moment la caution doit-elle opposer le bénéfice de division	144
<i>Section IV.</i> — Des effets du bénéfice de division. — De la division volontaire.	151
CHAPITRE III. — <i>Du bénéfice de subrogation</i>	156
§ 1. Caractère juridique et effets généraux de la subrogation	156
§ 2. Effets produits par la subrogation entre le créancier et la caution.	167
§ 3. Effets de la subrogation entre le débiteur principal et la caution subrogée	170
§ 4. Effets de la subrogation légale entre la caution d'un débiteur solidaire subrogée et les codébiteurs dont cette caution n'a point garanti la dette	177
§ 5. Effets de la subrogation entre les cofidé- jusseurs	179
§ 6. Effets de la subrogation dans les rapports du tiers détenteur et de la caution.	181
§ 7. Cas particulier de l'art. 2037.	188
POSITIONS	197

